Die Entschädigung für Nichtvermögensschaden

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Doktorgrades einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät (Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt

von

Hans Klickermann
aus Stuttgart

1940

Druck von W. Kohlhammer in Stuttgart

Obmann: Professor Dr. Eißer

1. Berichterstatter: Professor Dr. Kreller

2. Berichterstatter: Professor Dr. Blomeyer

Tag der mündlichen Prüfung:

13. Dezember 1939

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Zum Druck genehmigt von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Tübingen
Rechtswissenschaftliche Abteilung

Inhaltsverzeichnis

Seite

1. Teil:

Begriff und Wesen der immateriellen Güter; Nichtvermögensschaden

I. Begriff 1
II. Wesen des immateriellen Gutes; Nichtvermögensschaden 3

2. Teil:

Die Entschädigung für den Nichtvermögensschaden

I. Im Falle der Tötung, Körperletzung, Gesundheitsbeschädigung, Freiheitsentziehung 9
A. § 847 BGB. als Grundlage des Entschädigungsanspruchs . . 9
B. Die Verletzung der Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit im einzelnen 31
1. Das Leben 31
2. Körper und Gesundheit 31
3. Die Freiheit 39
II. Im Falle der Ehrverletzung 43
A. Die Ehrverletzung im allgemeinen:
1. Vorsätzliche Ehrverletzung 43
2. Fahrlässige Ehrverletzung 47
B. Die Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre 49
III. Im Falle der Verletzung des sogenannten „geistigen Eigentums" (Immaterialgüterrechte). 50
IV. Im Falle der Verletzung anderer Interessen (Unternehmen, Affektionsinteressen u. a.) 56
A. Das Recht am Unternehmen 56
B. Das Affektionsinteresse. 58
C. Nichtvermögensrechtliche Interessen in Verträgen 60

3. Teil:

Wertung und Vorschläge

I. Die Einwände gegen Geldentschädigung für den Nichtvermögensschaden 66
II. Mängel der heutigen Regelung 71
III. Vorschläge 73

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549608_0135

1. Teil

Begriff und Wesen der immateriellen Güter; Nichtvermögensschaden

I. Begriff

Der Nichtvermögensschaden entsteht durch die Verletzung eines immateriellen Guts. Es liegt nun an der Eigenart der immateriellen Güter, daß man für sie eine scharfumrissene Begriffsbestimmung nicht zu geben vermag und sich allenfalls auf eine negative Abgrenzung beschränken muß, indem man sagt, alle Dinge, die zwar als Güter oder Werte angesehen werden, aber doch nicht auf wirtschaftlichem Gebiet liegen, sind immaterielle Güter[1]). Dabei ist schon hier festzuhalten, daß das Wort „immateriell" keinesfalls in naturwissenschaftlichem Sinne zu verstehen ist, denn zu den immateriellen Gütern im Rechtssinne gehört auch der menschliche Körper, der naturwissenschaftlich betrachtet Materie ist; er ist aber keine Sache i. S. des § 90 BGB. und folgerichtig den „unkörperlichen" Gütern beizuzählen[2]). Charakteristisch für die immateriellen Güter ist die Beziehung zur Persönlichkeit, wobei die innere und äußere Beschaffenheit des Menschen eine bedeutsame Rolle spielt; sie schließen in sich die ganze Fülle der geistigen und seelischen Regungen des einzelnen, soweit diese wertschöpfender oder werterhaltender Natur sind. Ein allgemeines Persönlichkeitsrecht — welches allerdings im BGB. nicht anerkannt ist — wäre geeignet, sämtliche immateriellen Güter zu umfassen.

Zum Rechtsgut wird ein Gut aber erst dadurch, daß der Gesetzgeber die Schutzwürdigkeit bejaht. Verhältnisse, denen ein Rechtsschutz regelmäßig nicht gebührt und deshalb versagt werden muß, sind beispielsweise Geselligkeit und Gefälligkeit; hierfür Rechtsnormen zu schaffen, wäre gesetzespolitisch verfehlt. „Die Scheidung ist daher so zu machen: Alle Verabredungen über

1) Den Begriff der immateriellen Güter auf bestimmte geistige Erzeugnisse, die unter die urheberrechtlichen Gesetze fallen, zu beschränken (so Lehmann, Allgem. Teil des BGB. S. 356 II 3 b), halte ich für eine zu starke Einengung des Begriffs.

2) Vgl. Lehmann, a. a. O. S. 357 i. V. m. S. 356.

Dinge, die nach unserer Lebensanschauung freie Äußerungen der Liebe oder des Anstands sein sollen, sind dem Rechtsverkehr und damit der Rechtspflicht entzogen; noch mehr gilt dies von allem, was sich auf Religion bezieht. — Religion, Liebe und Anstand sind die drei Faktoren, die außerhalb des Rechts unsere Gesellschaft beherrschen ... Der Grund, warum derartige Zusagen (wie z. B. Versprechen des ersten Tanzes usw.) keinen rechtlichen Charakter annehmen, beruht darauf, daß sie einer Sphäre des Lebens angehören, die, weil sie nicht geschäftsmäßig ist, und nicht geschäftsmäßig sein soll, dem Rechte nicht unterworfen werden darf" [3]). — Die Bedeutung eines immateriellen Gutes für das Rechtsleben erhellt also daraus, ob es Rechtsschutz genießt. Dieser Rechtsschutz kann teils ein strafrechtlicher und teils ein zivilrechtlicher sein, beide Arten unterscheiden sich voneinander durch die Verschiedenartigkeit der erstrebten Ziele, es ist deshalb längst anerkannt und auch erwünscht, daß beide Arten des Schutzes nebeneinander zuzulassen sind.

Der strafrechtliche Schutz bedient sich vor allem der Strafe als Mittel. Strafe ist Vergeltung, d. h. eine den Täter treffende Entziehung von Rechtsgütern nach Maßgabe der schuldhaften Tat. Der Zweck der Strafe ist nach Mezger [4]) ein dreifacher: 1. Die Strafe soll sozialpädagogisch auf die Gesamtheit wirken (sogenannte Generalprävention), 2. sie soll die Gesamtheit vor dem Bestraften schützen und diesen bessern (sog. Spezialprävention), und 3. sie soll die Interessen des einzelnen in gerechter Weise wahrnehmen (sog. Persönlichkeitsachtung). Letzter leitender Zweck der staatlichen Strafe sei also die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung oder mit anderen Worten die Verbrechensverhütung. Voraussetzung für die Verhängung einer Strafe ist aber nicht, daß überhaupt ein Schaden entstanden ist. — Dem Zivilrecht dagegen obliegt die Beseitigung des zugefügten Übels, vielfach ohne Berücksichtigung des schuldhaften oder nicht schuldhaften Handelns, eine Schadensersatzpflicht tritt nur um des Schadens willen ein. Was nun die immateriellen Güter anlangt, so scheint für sie der strafrechtliche Schutz deswegen näherzuliegen, weil die Strafe unabhängig ist vom Eintreten oder Nichteintreten eines Schadens, so daß man auch keinen Vergleichsmaßstab zu suchen braucht, der gerade im Zivilrecht die Herbeiführung eines Schadensausgleichs erschwert, wenn nicht gar unmöglich macht. Da ferner die besondere Natur der immateriellen Güter nur selten eine Wiedergutmachung des eingetretenen Schadens ermöglicht und die Gewährung anderweitiger Entschädigung lediglich ausnahmsweise in Frage steht, so ist es nicht verwunderlich, daß viele den Schutz der immateriellen Güter ausschließlich in das Strafrecht verlegen möchten. Ein Verzicht auf jeglichen zivilrechtlichen Schutz würde indessen oft zu unbefriedigenden Ergebnissen führen.

---

3) Kohler, „Das Obligationsinteresse", Arch. bürg. R. Bd. 12 S. 21.
4) Mezger, Strafrecht (Lehrbuch) S. 502 ff. (§ 75).

Wenn z. B. ein Eingriff in die Geheimnissphäre durch Bruch des Briefgeheimnisses (§ 299 StGB.) vorliegt und der Täter bestraft worden ist, so hat die durch den Staat verkörperte Volksgemeinschaft zwar ihren Strafanspruch durchgesetzt, die Rechtsstellung des Verletzten ist jedoch genau die gleiche geblieben, wie sie durch den Eingriff geschaffen worden ist, das Problem der Wiedergutmachung ist also noch ungelöst. Der Schutz ist demnach nicht ausreichend, denn jede Verletzung von Rechtsgütern — seien es materielle oder immaterielle — hat die Fragestellung im Gefolge: Wer hat die eingetretenen Nachteile zu tragen und wie kann der frühere Zustand oder ein diesem möglichst nahekommender hergestellt werden? Die Antwort auf diese Frage kann allein das Zivilrecht geben, Voraussetzung dafür ist, daß man sich über das Wesen der immateriellen Güter und die von diesem Wesen abhängige Natur des Nichtvermögensschadens [5]) klar wird.

II. Wesen des immateriellen Guts; Nichtvermögensschaden

Bereits bei der — notwendigerweise unvollkommenen — Umschreibung des Begriffs des immateriellen Guts ist als dessen im vorliegenden Zusammenhang bedeutsamster Wesenszug die Tatsache offenbar geworden, daß sich das immaterielle Gut zu keiner anderen Größe in Vergleich setzen läßt und demzufolge unmeßbar ist; es versagt bei ihm also insbesondere der sonst gebräuchliche Wertmaßstab des Geldes. Diese Wesensart tritt dann in Erscheinung, wenn ein solches Gut verletzt worden ist und mit der Prüfung einer etwaigen Schadensersatzpflicht auch die Frage auftaucht, ob überhaupt eine Wiedergutmachung oder ein andersartiger Ausgleich möglich ist. In den meisten Fällen wird man demzufolge wohl das Vorhandensein eines Nichtvermögensschadens ohne Schwierigkeit feststellen können, ihn abzugrenzen und in irgendeiner Form abzuschätzen dürfte dagegen schwer halten.

Schaden im weitesten und allgemeinsten Sinne ist jeder irgendwie geartete Nachteil, der eine Person oder Personenmehrheit betrifft und als schädigend empfundene Wirkungen in deren Interessensphäre hervorruft. Insoweit kann also auch das Ausbleiben bislang gewährter, rechtlich unbeachtlicher Gefälligkeiten für den Betroffenen ein Schaden sein. Davon zu scheiden ist der Schaden im Rechtssinn, d. i. jede Vernichtung oder Minderung eines Rechtsguts. Dieser über den Begriff des Vermögensschadens hinausgehende Schadensbegriff ist, jedenfalls nach überwiegender Ansicht, auch der des BGB., wobei schon hier festzuhalten ist, daß nicht jede Veränderung an einem Rechtsgut auch bereits ein Schaden zu sein braucht. Während nun der Begriff des Vermögensschadens verhältnismäßig

5) Das BGB. gebraucht in den §§ 253, 847 I, 1300 I die Wendung: Schaden, der nicht Vermögensschaden ist. Die Ausdrücke „immaterieller, ideeller, moralischer, nichtvermögensrechtlicher Schaden" sind gleichwertig.

einfach (im Gegensatz zu der mitunter schwierigen Schadensberechnung) zu bestimmen ist als die in Geld schätzbare Einbuße, die jemand durch ein bestimmtes Ereignis an seinem Vermögen erleidet — der Vermögensschaden setzt die Beeinträchtigung eines wirtschaftlichen Gutes voraus (RG. in JW. 1910 S. 934 Nr. 4) —, kann der Begriff des immateriellen Schadens nur negativ durch den des Vermögensschadens ermittelt werden, nämlich indem man dem Sprachgebrauch des BGB. folgend sagt, es fällt darunter aller Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, immer unter Berücksichtigung der Tatsache, daß er an einem Rechtsgut entstanden sein muß. „Immaterieller Schaden ist vor allem der Schaden an der Ehre, aber auch der Schaden an der Gesundheit als solcher, der Verlust der Möglichkeit zur Eheschließung, der Entgang des Musikgenusses als solchen (d. h. unabhängig vom aufgewendeten Eintrittsgeld), der Entgang einer Vergnügungsreise, die durch den „Verruf" seitens einer Burschenschaft bewirkte Versagung des Waffenschutzes" [6]).

Daß auch der immaterielle Schaden ein Schaden im Rechtssinne ist, dürfte heute wohl nicht mehr ernstlich bestritten sein. Insbesondere steht auch das Reichsgericht [7]) auf dem Standpunkt, ein Schaden müsse nicht notwendig in einer Vermögensverschiebung bestehen, sondern es könne auch durch den Eingriff in ein immaterielles Recht ein Schaden entstehen. Das will aber heißen, daß die auf die Beseitigung desselben gerichtete Verpflichtung von denselben Voraussetzungen abhängig ist wie beim Vermögensschaden. Es ist verfehlt, wenn vereinzelt (z. B. von Spaeth) [8]) die Behauptung aufgestellt wird, der immaterielle Schaden sei kein Schaden im Rechtssinne, und deshalb könnten die Vorschriften des BGB. über den Schadensersatz auf ihn nicht unmittelbar angewendet werden; im Wege der Analogie sei aber trotzdem die mittelbare Anwendung zu bejahen. Spaeth begründet seine Ansicht damit, daß in den §§ 253, 847, 1300 BGB., also in den Bestimmungen über den ideellen Schaden, stets von „Entschädigung" die Rede sei, während beim Vermögensschaden immer von „Schadensersatz" gesprochen werde; der Sprachgebrauch verbinde nur mit dem Wort Schaden die Vorstellung des Ersatzes, der Abschätzung in Geld, sonst verwende man stets den Ausdruck „Entschädigung". Schaden im rechtlichen Sinn sei daher nur der Vermögensschaden, die Stellung im System der Schadensersatzregelung deute auf eine Ausnahme hin.

Dazu ist zu sagen, daß der Gebrauch zweier verschiedener Worte sprachlich zwar durchaus richtig ist, daß aber eben deswegen kein Anlaß zu der Annahme besteht, das Gesetz sei von zwei verschieden gearteten Schadensbegriffen ausgegangen, denn es wollte lediglich „sprachlich schön" sein. Die

6) RG. in Recht 1913 Nr. 2976.
7) RGZ. 94 S. 1.
8) Spaeth, Der Schadensersatzanspruch wegen außerökonomischer Schädigung S. 51 f.

Form der Beseitigung einer Rechtsverletzung ist ja in beiden Fällen die gleiche, nämlich entweder Herstellung [9]) oder Geldersatz, wobei Geldleistung praktisch die Regel bildet, nur daß eben dann im einen Falle das Geld als solches bereits Ersatz ist, weil es unmittelbar die Wiederverschaffung des wirtschaftlichen Werts der zerstörten Sache o. ä. darstellt, während es beim Nichtvermögensschaden lediglich eine mittelbare Wirkung entfaltet, nämlich durch Hervorrufung oder Hebung des Lustgefühls einer Richtung vorhandene Unlustgefühle einer anderen Richtung zu vermindern oder zum Verschwinden zu bringen. Daß die Geldgewährung zur Erreichung dieses Erfolgs nicht als Ersatz, sondern als Entschädigung zu bezeichnen ist, bedeutet eine sprachliche Notwendigkeit. — Ebensowenig vermag der Hinweis auf die Stellung des § 253 BGB. zu überzeugen. Wohl handelt es sich bei dieser Vorschrift um eine Ausnahme, aber nicht um eine Ausnahme vom Begriff des Schadens, sondern ausschließlich von der Art und Weise der Wiedergutmachung des Schadens. Zu einer nur analogen Anwendung der Bestimmungen mit Hilfe irgendeiner gekünstelten Begründung besteht daher nicht der geringste Anlaß.

Sind immaterielle Güter verletzt, so hängt, um es zu wiederholen, die Schadensersatzpflicht von denselben Voraussetzungen ab wie im Falle vermögensrechtlicher Schädigung, es bedarf eines besonderen Entstehungstatbestandes des Schadens, wenn er auf einen anderen abgewälzt werden soll, denn die Auffassung, daß man allgemein für vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Schaden hafte, ist dem BGB. fremd [10]); auch die Haftung für Nichtvermögensschaden geht soweit, als der adäquate ursächliche Zusammenhang reicht, nur daß sich die Bejahung oder Verneinung der Ursächlichkeit hier u. U. besonders schwierig gestaltet. — Der Schadensausgleich folgt den Regeln der §§ 249—255 BGB., soweit diese Bestimmungen nicht durch den § 253 BGB. ausgeschlossen werden, in erster Linie geht sonach der Anspruch des Geschädigten auf Herstellung des Zustands, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 Satz 1 BGB.). Die Fälle, in denen Herstellung in Betracht kommt, sind verhältnismäßig selten, es ist aber nicht etwa so, daß die Herstellung in der Praxis überhaupt keine Bedeutung hätte; die folgenden Beispiele mögen das zeigen. Bei beleidigenden, verletzenden Behauptungen erfolgt die Herstellung durch Widerruf, dessen Art der Richter bestimmen kann [11]); ist das Briefgeheimnis verletzt, so ist es zwar nicht möglich, die widerrechtlich erlangte Kenntnis des Schädigers von dem Briefinhalt rückgängig zu machen, aber es kann Herausgabe etwa angefertigter Abschriften oder Vervielfältigungen zum

9) Statt des unschönen Ausdrucks „Naturalrestitution" werde ich im folgenden das Wort „Herstellung" verwenden, das zur Charakterisierung des Vorgangs als ausreichend erscheint.

10) Bezüglich des Vermögensschadens ausgesprochen in RGZ. 59, 38.

11) RGZ. 88 133, 97 393.

Zwecke der Vernichtung verlangt werden[12]); im Falle der Kreditgefährdung (§ 824 BGB.) kann der Verletzte unter Umständen Rücknahme der aufgestellten bzw. verbreiteten Behauptung oder sonstige die Kundgebung außer Wirkung setzende Maßnahmen — seine Rehabilitation — beanspruchen[13]); wird nachträglich der „Verruf" seitens einer Burschenschaft als Versagung des Waffenschutzes erläutert, so genügt dies und es bedarf nicht der ausdrücklichen Rücknahme des Wortes „Verruf"[14]).

Der Anspruch des § 249 Satz 2, bei Planck-Siber[15]) zutreffend als modifizierter Herstellungsanspruch bezeichnet, wird ebenso wie alle sonstigen aus den angezogenen Paragraphen herrührenden Ansprüche auf Geldleistung durch den § 253 BGB. ausgeschlossen. „Die Naturalreparation ist aber vielfach wegen der eigenartigen Natur des Nichtvermögensschadens unmöglich. Da nun alsdann ein Übergang zum Gelderſatz, wie er beim Vermögensschaden nach § 251 Abs. 1 BGB. ohne Ausnahme erfolgt, hier nach § 253 ausgeschlossen ist, so enthält tatsächlich der § 253 eine sehr erhebliche Einschränkung des Schutzes immaterieller Rechtsgüter gegenüber den Vermögensgütern"[16]). Allein selbst dann, wenn Herstellung möglich ist, kann sich die Bestimmung des § 253 zum Nachteil des Geschädigten auswirken: Zwar kann dieser nicht immer nur Herstellung eines Zustandes, der früher bestanden hat, fordern, denn Herstellung ist nicht unbedingt *Wiederherstellung* und u. U. kann auch etwas früher nicht Vorhandenes gefordert werden, wenn dadurch ein besserer Ausgleich gewährleistet erscheint. Aber die Herstellung vermag den Schaden immer nur zeitlich zu begrenzen und seine Weiterentwicklung zu hemmen, sie läßt den bis dahin bereits entstandenen endgültigen Schaden unberührt; für den Schaden, der darin liegt, daß vom Eintritt des Schadens bis zum Zeitpunkt der Herstellung der frühere Zustand nicht bestand, kann somit nur Gelderſatz in Frage kommen, was beim Vermögensschaden auf dem Wege über den § 251 Abs. 1 erreicht wird, beim immateriellen Schaden durch den § 253 unmöglich gemacht wird.

Ob § 253 BGB. auch in den Fällen, in denen die Herstellung „nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen" möglich ist (§ 251 Abs. 2), den Übergang zum Gelderſatz verbietet, ist streitig. Darüber, daß dann der Anspruch auf Herstellung *nicht erlischt*, ist man sich zwar zunächst einig. Denn „Schwierigkeit der Erfüllung steht der Unmöglichkeit und dem Unvermögen prinzipiell nicht gleich; und wo eine Gleichstellung im einzelnen stattfindet, läßt sie sich nicht aus den Sätzen der Unmöglichkeitslehre, sondern lediglich aus dem allgemeinen, in § 242 BGB. niedergelegten Prinzip der Billigkeit

12) RGZ. 94 1.
13) RGZ. 56 286.
14) RG. in Recht 1913 S. 2976.
15) Planck-Siber, § 249 Erl. 3 b.
16) Fischer, Der Schaden nach BGB. S. 315.

rechtfertigen ... Hier spricht aber gerade die Billigkeit für eine Beibehaltung der Beseitigungspflicht“ [17]). Fischer meint dann weiter, der Anspruch auf Herstellung bleibe allgemein auch dann bestehen, wenn diese nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich sei, dem Schuldner sei lediglich die facultas alternativa gewährt, sich durch Geldentschädigung zu befreien, also gemäß § 251 Abs. 2 BGB., und dies sei vor allem für die Fälle der Verletzung des Affektionsinteresses von Wichtigkeit. — Nach anderer Ansicht (Kipp) [18]) soll der Schuldner dann, wenn die Herstellung zwar möglich ist, aber unverhältnismäßig hohe Kosten verursacht, nicht die Befugnis haben, sich durch Geldleistung gemäß § 251 Abs. 2 zu befreien. Kipp zieht diese Folgerung insbesondere aus § 253; das Gesetz wolle offenbar, daß ein Schaden, der auf seiten des Gläubigers das Vermögen nicht berühre, nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fällen als mit einer Geldleistung vergleichbar angesehen werden solle; die Kosten der an und für sich möglichen Herstellung könnten mit dem Wert des herzustellenden Gutes, wenn dieses nicht im Bereich des Vermögens liege, nicht verglichen werden, man könne also auch nie das Urteil aussprechen, daß sie unverhältnismäßig hoch seien; anderseits entziehe sich auch diejenige Geldsumme, welche zur Entschädigung erheblich und ausreichend wäre, in Fällen der fraglichen Art der Bemessung. — Demgegenüber will Oertmann [19]) dem Schuldner gestatten, sich bei unverhältnismäßiger Kostspieligkeit der Naturalherstellung auf die Bestimmung des § 251 Abs. 2 BGB. zu berufen. Er meint, die Auffassung von Kipp führe dahin, daß der Geschädigte wegen des moralischen Schadens u. U. sogar noch günstiger behandelt werde als wegen des vermögensrechtlichen, was dem Sinn des § 253 doch offenbar widerspreche. — Diese Ausführungen sind wohl so zu verstehen, daß der Gläubiger insofern besser gestellt wäre, als er zwar keine Geldleistung erhielte, aber nach wie vor den Anspruch auf die für ihn möglicherweise viel wertvollere Herstellung geltend machen könnte. Ob allerdings die Ansicht Oertmanns, der mit dem Hinweis auf „den Sinn“ des § 253 BGB. die Meinung Kipps aus dem Felde schlagen will, in Wirklichkeit nicht in noch stärkerem Maße zum Sinn dieser Vorschrift in Widerspruch steht, erscheint zunächst immerhin als fraglich; es ist also zu untersuchen, wie § 253 auszulegen ist.

Kein Zweifel kann darüber herrschen, daß § 253 für sämtliche Fälle immaterieller Schädigung — mit Ausnahme der §§ 847, 1300 — eine Verpflichtung des Schuldners zur Geldzahlung ausschließen will, der Gläubiger kann somit weder die Ansprüche aus §§ 250 Satz 2, 251 Abs. 1 noch auch den Anspruch auf mittelbare Herstellung, d. i. auf Voraus-

17) Fischer, a. a. O. S. 316.

18) Kipp zu Windscheid [9] II S. 69 f.; gegen die Anwendung der Vorschrift des § 251 Abs. 2 bei Nichtvermögensschäden ist auch Siber bei Planck, Anm. 4 zu § 253.

19) Oertmann, Anm. zu § 253.

leistung der Herstellungskosten in Geld nach § 249 Satz 2 geltend machen. Man muß aber fragen, ob durch § 253 auch das Recht des Schuldners, sich im Falle des § 251 Abs. 2 durch Geldzahlung zu befreien, verneint werden soll; aus dem Wortlaut des Gesetzes ist hierüber nichts zu entnehmen, denn es heißt in § 253 lediglich „kann Entschädigung in Geld ... gefordert werden". Die Lösung muß deshalb anderswie gesucht werden. Bei der Schaffung des BGB. war man bestrebt, die Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden soweit als möglich zu beschränken, eine Tendenz, die auch in § 253 Ausdruck gefunden hat; wollte man davon ausgehen, so müßte man wohl jede vom Gesetz nicht ausdrücklich zugelassene Geldleistung für Nichtvermögensschäden ablehnen, demnach auch im Falle des § 251 Abs. 2. Gerade hier aber würde man damit zu Ergebnissen gelangen, die im Widerspruch zu den sonst im Gesetz zutage tretenden leitenden Gedanken stünden. Die Aufrechterhaltung der Herstellungspflicht um jeden Preis würde für den Schuldner eine überobligationsmäßige Schwierigkeit bedeuten (§ 242 BGB.) und infolgedessen u. U. seine Befreiung von der Verbindlichkeit herbeiführen; diese Befreiung darf aber, wiederum nach dem Gedanken des § 242, nicht dazu führen, daß der Gläubiger nunmehr gar nichts erhält, vielmehr darf der Anspruch auf Herstellung nur wegfallen, wenn der Schuldner eine angemessene Entschädigung anbietet [20]). Die Einwände, die Kipp a. a. O. gegen eine derartige Entschädigung vorbringt, sind schon mit einem bloßen Hinweis auf die §§ 847, 1300 BGB. zu entkräften. Das Ergebnis, zu dem Fischer wie Oertmann gelangt, ist demnach zu billigen.

Abgesehen von § 251 Abs. 2 besteht eine Möglichkeit, einen Ausgleich für ideelle Nachteile durch Geldleistung des Schädigers zu erlangen, lediglich in den Fällen der §§ 847, 1300 BGB., weil § 253 BGB. die Forderung einer Entschädigung in Geld „nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen" zuläßt. Damit wird aber gleichzeitig mittelbar gesagt, welche Lebensgüter innerhalb des BGB. als hauptsächliche Angriffsobjekte nichtvermögensrechtlicher Schädigung gelten können und geeignet sind, durch Geld „ersetzt" zu werden. Es sind dies der Körper (an den ja auch das Rechtsgut des Lebens gebunden ist), die Gesundheit, die Freiheit (§ 847 Abs. 1), ferner die weibliche Geschlechtsehre (§ 847 Abs. 2, evtl. § 1300); im übrigen ist die Ehre zivilrechtlich nur durch die Herstellungspflicht i. S. von § 249 Satz 1 geschützt. Den Angriffsobjekten beizuzählen sind weiterhin diejenigen immateriellen Güter, die selbständigen Vermögenswert haben, wie Erfindungen, Kunstwerke u. dgl. Dazu kommen schließlich noch sonstige Interessen aller Art, insbesondere das sog. Affektionsinteresse sowie das Recht am Unternehmen. — Entsprechend den jeweiligen Angriffsobjekten wird sich der folgende Teil der Arbeit gliedern.

20) Vgl. Heck, Schuldrecht § 28, „Aufwandspflicht und Opfergrenze", Ziff. 8 (S. 88/89).

2. Teil

Die Entschädigung für den Nichtvermögensschaden

I. Im Falle der Tötung, Körperverletzung, Gesundheitsbeschädigung, Freiheitsentziehung

A. § 847 BGB. als Grundlage des Entschädigungsanspruchs

Unter allen Bestimmungen, die einen Ausgleich verletzter Idealinteressen durch Geld zulassen, kommt die größte Bedeutung der des § 847 BGB., genau genommen eigentlich nur der des § 847 Abs. 1 zu. An der Besprechung dieser Vorschrift läßt sich deshalb am klarsten zeigen, welche Grundsätze für die Entschädigung bei Verletzung immaterieller Rechtsgüter maßgebend sind. Auszunehmen und unter B) gesondert zu behandeln sind dabei die gegen das Rechtsgut des Lebens gerichteten Angriffe, die keinen Anspruch nach § 847 begründen können, weil hier nur dem unmittelbar Verletzten ein Recht auf Schadloshaltung eingeräumt werden soll. Betrachtet man nun den Tatbestand des § 847 Abs. 1, so fällt in die Augen, daß der Gesetzgeber die dort aufgeführten drei Angriffsobjekte im Vergleich zu anderen ideellen Gütern hinsichtlich des Schadensersatzes erstens einmal — von historischen Anknüpfungspunkten einstweilen abgesehen — wohl deswegen günstiger gestellt hat, weil in diesen Fällen eine Wertung bzw. Abschätzung des Schadens möglich ist, die man noch als eine verhältnismäßig objektive zu bezeichnen vermag. Wohl empfindet jeder Mensch eine Körperverletzung, Gesundheitsbeschädigung oder Freiheitsentziehung verschieden stark, aber diese mannigfach abgestuften Gefühle lassen sich trotzdem gewissermaßen auf einen Generalnenner bringen, an Hand dessen sich der Richter ein Bild machen kann, wie das eine oder andere Unlustgefühl zu bewerten ist; so läßt die Schwere eines in der Außenwelt in Erscheinung tretenden Verlustes (z. B. eines Gliedes) stets einen Rückschluß auf den Grad der Innenweltsverletzung zu. Freilich bedarf es, um diese Dinge aus der rein empfindungsmäßigen Sphäre herauszunehmen und gewissermaßen in Geld zu übersetzen, zunächst einmal einer irgendwie gearteten

Grundzahl, aus der sich dann die Verhältniszahlen entwickeln lassen. Das ungefähre Verhältnis der Verluste von Gliedern o. ä. abzuwägen, dürfte geringere Schwierigkeiten bereiten, als einen Anhaltspunkt für die Festlegung einer geldlichen Ausgangsbewertung zu gewinnen. In der Praxis haben sich hier gewisse Übungen herausgebildet, auf die ich unten zurückkommen werde. — Den zweiten Grund, dem Verletzten einen Anspruch auf Entschädigung in Geld zu gewähren, wird die Erwägung gebildet haben, daß in den Fällen des § 847 Abs. 1 die erfolgreiche Herstellung den Nichtvermögensschaden für die Zukunft zwar beseitigen würde, aber für den Zeitraum vom Eintritt des Schadens bis zur Herstellung notwendig bestehen lassen müßte. Das wäre jedoch eine unerträgliche Härte, denn ein der Freiheit Beraubter müßte sich dann, wenn ihm nicht außerdem Vermögensschaden entstanden wäre, lediglich mit der Wiedererlangung der Freiheit begnügen; ähnlich verhielte es sich bei Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung: nach vollständiger Gesundung, für deren Herbeiführung durch Bezahlung von Arztkosten u. dgl. allerdings der Schädiger aufzukommen hat, bliebe dem Verletzten jeglicher Anspruch wegen der zeitweiligen Beeinträchtigung der Gesundheit versagt. Hier kann also nur eine Geldentschädigung in Frage kommen, und diese muß sich auch auf die Zukunft erstrecken, falls insoweit die Herstellung des früheren Zustandes nicht mehr möglich ist.

Voraussetzung des Anspruchs aus § 847 Abs. 1 ist die Entstehung eines Nichtvermögensschadens durch eine im Wege unerlaubter Handlung begangene Körperverletzung, Gesundheitsbeschädigung oder Freiheitsentziehung. Was zunächst den Nichtvermögensschaden anlangt, so taucht die Frage nach seiner Beschaffenheit auf: Ist er auch als vorhanden anzusehen, wenn ihn der Verletzte gar nicht selbst wahrnimmt oder wahrzunehmen vermag, m. a. W. ist der Schaden nach subjektiven oder (soweit man das sagen kann) objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen? — Als Beispiele mögen nachstehende Sachverhalte dienen: a) Ein Verletzter, der infolge der Verletzung in geistiges Siechtum verfällt, so daß er kein Bewußtsein von der Schwere und Tragweite der Verletzung hat, kann Schmerzensgeld verlangen [21]); b) ein Kind, dem eine schwere Verletzung zugefügt wird, so daß es dauernd entstellt bleibt, wird diese Entstellung und ihre Auswirkungen in der Zukunft (wie etwa verminderte Heiratsaussichten — wobei materielle und immaterielle Seite scharf zu trennen sind —, Minderwertigkeitsgefühle u. dgl.) vorerst noch nicht oder nur in geringerem Maße empfinden als ein Erwachsener. Gleichwohl hat auch hier volle Entschädigung Platz zu greifen. Man denke nur an den Fall, daß eine Verletzung den Verlust der Zeugungsfähigkeit nach sich zieht; c) anders sind dagegen Fälle zu bewerten, wo Kinder infolge der Verletzung zwar körperliche Schmerzen auszustehen

21) RG. in JW. 1915 S. 89; Recht 1933 Nr. 513.

haben, seelische Herabstimmungen — entstehend aus Befürchtungen einer Verschlimmerung der Verletzung für die Zukunft o. ä. — erfahrungsgemäß aber nicht eintreten und deshalb nicht in Rechnung zu stellen sind.

Die angeführten Fälle erweisen, daß in der Praxis bei der Entscheidung der Frage, ob ein Nichtvermögensschaden vorhanden ist oder nicht, dem persönlichen Empfinden des Verletzten kein entscheidendes Gewicht beigemessen wird. Zur Begründung dieser Stellungnahme wird vorgebracht, der Wortlaut des § 847 gebe keinen Anhaltspunkt dafür, daß ein Schmerzensgeld nur insoweit zu gewähren sei, als der Verletzte subjektiv das Bewußtsein des Schadens besitze. Wenn auch der Rechtsgrund des Schmerzensgeldes in dem Gedanken zu finden sei, daß das durch die Körperverletzung entstandene Unlustgefühl durch ein entsprechendes aus der Geldentschädigung entspringendes Lustgefühl auszugleichen sei, so sei doch die Erreichung dieses Zweckes nicht Voraussetzung für den Anspruch auf Schmerzensgeld. Es sei allgemein anerkannt, daß ein solcher Anspruch nicht nur bei körperlichen Verletzungen, sondern auch bei Störungen des seelischen Wohlbefindens begründet sei. Gerade bei derartigen seelischen Störungen werde aber ein Ausgleich der Unlust- und Lustgefühle öfters nicht möglich sein. Das Reichsgericht hat deshalb auch ein Schmerzensgeld in einem Falle anerkannt, in dem der Verletzte infolge der schweren Erschütterungen seines seelischen Systems gänzlich gebrochen und aller Lebensfreude beraubt war [22]).

Nun mag diese Auffassung zwar im Falle des § 847 zu angemessenen Ergebnissen führen, ob ihr aber für sonstige Fälle des Nichtvermögensschadens beizutreten ist, erscheint zweifelhaft. Selbstverständlich vermag der Richter letzten Endes seine Erkenntnis nur aus Erfahrungssätzen, also von einer mehr oder weniger überpersönlichen Warte aus, zu schöpfen, denn er kann sich günstigstenfalls überaus lebhaft in die Lage des Geschädigten und dessen Empfindungswelt hineindenken, aber dieser selbst sein kann er eben nicht. Insoweit hat die Ansicht, die einen möglichst objektiven Standpunkt eingenommen wissen will, manches für sich, aber sie wird doch vielfach über das Ziel hinausschießen und dadurch der Entschädigung für Nichtvermögensschaden den Ersatzcharakter nehmen und an seine Stelle eine gewisse Strafnatur setzen, was mit Rücksicht auf eine klare Trennung von Straf- und Zivilrecht nicht erwünscht sein kann. — Wenn beispielsweise jemand auf Grund objektiver Wertung an der Ehre gekränkt worden ist, die Kränkung indes gar nicht als solche empfindet, vielleicht, weil er auf zu primitiver Stufe steht, soll man da sagen können, es sei ihm ein immaterieller Schaden entstanden? Freilich wird hier ein Problem meistens schon deswegen nicht auftreten, weil der Verletzte infolge seiner Interesselosigkeit den Schaden gar nicht geltend machen wird, und wo kein Kläger ist, dort ist bekanntlich auch kein Richter, allein die Tatsache, daß in solchen Fällen eine Geltendmachung des Schadens nicht erfolgt, zeigt deutlich, daß der

22) Vgl. JW. 1915 S. 89.

persönlichen Einstellung im Hinblick auf Entstandensein oder Nichtentstandensein eines Nichtvermögensschadens entscheidende Bedeutung zukommt, und daß die objektive Wertung im Leben häufig gar kein praktisches Ergebnis haben wird. (Hat ein Verletzter, der einen ideellen Schaden nicht als Schaden empfindet, einen gesetzlichen Vertreter, der diesen geltend macht, so ändert das m. E. an der Tatsache, daß er keinen Schaden erlitten hat, weil richtigerweise eine subjektive Wertung am Platze wäre, nichts; im praktischen Ergebnis allerdings erhält der Verletzte in den Fällen des § 847 nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ohne Rücksicht darauf, ob er selbst das Empfinden hat, geschädigt zu sein, eine Entschädigung, bei Ehrenkränkung kann u. U. der Beleidiger bestraft werden — denn die Beleidigungsfähigkeit von Kindern und Geisteskranken beispielsweise ist in gewissem Umfang anerkannt [23]) —, und bei sonstiger ideeller Schädigung ist im allgemeinen Geldersatz nicht vorgesehen.) — Andererseits ist in Erwägung zu ziehen, daß subjektive Wertungen im eigentlichen und letzten Sinne gar nicht durchführbar sind und auch ihrerseits wiederum manchmal zu weit gehen würden, indem den Überempfindlichkeiten und übersteigerten Interessen des einzelnen Rechnung getragen werden müßte. Immerhin spielen diese Fragen für die Behandlung des § 847 deshalb keine überragende Rolle, weil in den hauptsächlichsten und vielleicht auch schwerwiegendsten Fällen der Nichtvermögensschaden seine Wurzeln in körperlichen und äußerlich sichtbaren Beschädigungen haben wird, ein Umstand, der eine vorwiegend sachliche Betrachtungsweise nahezulegen geeignet ist.

Hat nun der Richter die Überzeugung gewonnen, daß ein immaterieller Schaden vorhanden ist, so ist es für die Anwendung des § 847 ohne Bedeutung, ob der immaterielle Schaden im Zusammenhang mit einem Vermögensschaden entstanden ist oder nicht, denn er wird so oder so ersetzt. Zu beachten ist dabei aber, daß, falls sowohl Vermögensschaden wie auch Nichtvermögensschaden verursacht worden ist, bei der Festsetzung der Ansprüche des Geschädigten eine Ineinanderrechnung der beiden Forderungsarten (Schadensersatz für Vermögensschaden und Entschädigung für Nichtvermögensschaden nach § 847) nicht zulässig ist [24]); der § 847 nimmt also die Vergütung eines Vermögenschadens niemals in sich auf.

Bei der Umgrenzung des Nichtvermögensschadens, die zwecks Bemessung der Entschädigung erforderlich ist, sind wie auch sonst beim Schadensersatz die Grundsätze der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen, denn es kann sein, daß die Schadenshandlung den Beschädigten neben den zugefügten immateriellen Nachteilen auch gewisse Vorteile — seien sie nun vermögensrechtlicher oder nichtvermögensrechtlicher Art — gebracht hat. So kann z. B. ein widerrechtlich ausgeführter ärztlicher Eingriff, der sehr schmerz-

23) Vgl. Frank, StGB., Vorbem. II, 1 und 2 (S. 419) vor § 185.
24) RGZ. 140 S. 395.

haft war, dem Leidenden eine wesentliche Erleichterung gebracht haben; oder ein starker seelischer Affekt (Schreck, Todesangst) bewirkt zuweilen günstige körperliche Reaktionen, wie Behebung einer Lähmung, Wiederfinden der Sprache usw.[25]). Ob die anzurechnenden Vorteile durch den adäquaten ursächlichen Zusammenhang zu begrenzen sind oder ob die Einheit des Vorgangs, der zur Entstehung von Vor- und Nachteilen geführt hat, den Ausschlag geben soll, kann hier nicht untersucht werden; mehr als anderwärts hat aber beim ideellen Schaden der Satz Wilburgs[26]) zu gelten, daß in zweifelhaften Fällen in der Rechtsanwendung der Grad des Verschuldens und Gesichtspunkte idealer Schadenswertung eine große Rolle spielen.

Weitere Voraussetzung des Anspruchs aus § 847 ist eine unerlaubte Handlung, insbesondere eine solche im Sinne des § 823 BGB., denn aus dem Kreise der in dieser Vorschrift aufgezählten Angriffsobjekte nimmt § 847 Abs. 1 lediglich den Körper, die Gesundheit und die Freiheit heraus; deshalb sind auch die Begriffe „Verletzung des Körpers, der Gesundheit", in beiden Bestimmungen durchaus gleichwertig, während bezüglich des Rechtsguts der Freiheit schon die andersartige Ausdrucksweise den verschiedenen Gehalt der Begriffe „*Verletzung* der Freiheit" (823) und „Freiheits*entziehung*" (847) erkennen läßt (vgl. unter B 2!). — Der Begriff der unerlaubten Handlung ist insofern ein rein technischer und zum Sprachgebrauch in Widerspruch stehender, als darunter auch die Fälle der Gefährdungshaftung (§ 833 BGB., § 1 RHaftpflGes., § 7 KFG., § 19 LuftVG.), des Handelns auf eigene Gefahr (§§ 231, 904 BGB., §§ 717 Abs. 2, 945 ZPO.) und einige weitere nicht einzuordnende Tatbestände fallen; die Vorschriften des BGB. über die unerlaubten Handlungen, also vor allem § 847, finden Anwendung, soweit nicht die Sonderregelung einzelner Gesetze entgegensteht oder die Anwendung ausdrücklich ausgeschlossen ist. Ersteres ist zweifellos der Fall beim RHaftpflG., KFG., LuftVG., denn in diesen Gesetzen ist des § 847 nicht gedacht, obwohl die beiden letztgenannten jünger sind als das BGB., wogegen das RHaftpflG. durch Artikel 42 EGBGB. geändert (§ 3) bzw. ergänzt (§ 3 a) wurde, ohne daß ein Schmerzensgeldanspruch festgesetzt worden wäre; der Grund dafür ist in der scharfen Haftung des Eisenbahnunternehmers, des Kraft- und Luftfahrzeughalters zu erblicken, denn sie haften alle ohne Verschulden. Außer fast gleichlautenden Bestimmungen über den Umfang des Schadensersatzes sowie festen Haftungsgrenzen (Höchstbeträge) verordnen die erwähnten drei Gesetze, daß die sonstigen Vorschriften der Reichsgesetze betr. Verschuldenshaftung unberührt bleiben (§§ 9 RHaftpflG., 16 KFG., 28 LuftVG.), was bedeutet, daß bei Verschulden des Schädigers der Verletzte den Anspruch

25) Vgl. die bei Heck, a. a. O. § 15 Ziff. 2 angeführten Fälle.

26) Wilburg, Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, Jher. Jb. 46/2. Folge S. 54.

aus § 847 BGB. geltend machen kann. — Bei Schadensersatzansprüchen aus den §§ 717 Abs. 2, 945 ZPO. hat mangels einer gegenteiligen Bestimmung der Geschädigte unter den sonstigen Voraussetzungen auch den Anspruch aus § 847 BGB. „§ 717 Abs. 2 ZPO. gewährt demnach gegen den Kläger einen vom Verschulden absehenden materiellrechtlichen Anspruch auf Schadensersatz, dessen Inhalt sich nach bürgerlichem Recht bestimmt und auf den alle Vorschriften des bürgerlichen wie des Prozeßrechts über die Ansprüche aus unerlaubten Handlungen Anwendung finden“ [27]). Dasselbe gilt bezüglich des Anspruchs aus § 945 ZPO.

Die unerlaubte Handlung muß eine unmittelbare Verletzung von immateriellen Gütern zur Folge gehabt haben; ein mittelbarer Nichtvermögensschaden, der erst infolge einer Vermögensbeschädigung entstanden ist, wird nicht durch Geld (sondern allenfalls im Wege der Herstellung) ersetzt. Eine alte Dame, deren Lieblingskatze von einem bösen Nachbarn getötet wird, kann demnach kein Schmerzensgeld wegen des Kummers darüber verlangen (denn keines der in § 847 genannten Rechtsgüter ist bei ihr verletzt), sondern nur Ersatz für die Katze, außerdem kann sie den Nachbarn wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung strafrechtlich zur Verantwortung ziehen lassen. Zweifelhafter wird die Sache, wenn die Dame aus Schmerz über den Verlust des geliebten Tieres in Trübsinn verfällt, also eine Gesundheitsbeschädigung erleidet; allein auch dann wird man ihr in der Regel keinen Schmerzensgeldanspruch zubilligen dürfen, weil es am adäquaten ursächlichen Zusammenhang oder wenigstens am Vorsatz des Täters hinsichtlich dieser Gesundheitsbeschädigung fehlen wird. Auf die Unmittelbarkeit des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit, Gesundheit usw. ist also entscheidendes Gewicht zu legen: Unter dem Verletzten im Sinne des § 847 kann nur der unmittelbar Verletzte verstanden werden, er allein vermag Ansprüche aus dieser Bestimmung herzuleiten. Der unmittelbar Geschädigte kann den ihm entstandenen unmittelbaren wie mittelbaren Schaden ersetzt verlangen, denn der Schädiger haftet regelmäßig für allen Schaden, den er verursacht hat, und somit im allgemeinen nicht nur für die unmittelbaren, sondern auch für die mittelbaren Nachteile, wobei nicht erforderlich ist, daß er den tatsächlich eingetretenen Schaden voraussehen konnte [28]). Fälle einer ausschließlich mittelbaren Schädigung sind im Delittsrecht sehr wohl denkbar und keineswegs selten. Der Betriebsinhaber, der seinen Betrieb einschränken oder umstellen muß, weil ein ganz unersetzbarer Gefolgschaftsangehöriger infolge Verletzung durch einen Dritten seine Arbeit nicht verrichten kann, oder die Konzertdirektion, die das Auftreten eines berühmten Sängers in letzter Minute absagen muß, weil dieser bei dem von einem anderen schuldhaft verursachten Verkehrsunfall schwer verletzt worden ist, sind mittelbar Geschädigte und können deshalb aus unerlaubter Handlung

27) Jonas, Zivilprozeßordnung, § 717 II; § 945 I.
28) RGRK. Anm. 4 vor § 249.

Ansprüche nicht herleiten. War allerdings der Vorsatz des Schädigers gerade darauf gerichtet, etwa dem Betriebsinhaber durch Verletzung des Gefolgschaftsmitglieds Schaden zuzufügen, so greift u. U. § 826 BGB. Platz. Ersetzt wird dann zwar in erster Linie der Vermögensschaden, aber gleichermaßen der Nichtvermögensschaden [29]), allerdings nicht in Geld, weil hier wieder die Bestimmung des § 253 entgegensteht, wohl aber, wenn möglich, durch Herstellung. Unverständlicherweise wollen manche [30]) unter § 826 BGB. nur den Vermögensschaden einbeziehen, eine Ansicht, die wahrscheinlich von einer falschen Umgrenzung des Schadensbegriffs herrührt. — Die notwendige klare Trennung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden, bezogen auf die Person des Geschädigten, wird häufig nicht gemacht; auch die oft zitierte Entscheidung des Reichsgerichts im 133. Band S. 270 läßt sie vermissen. Ein Kraftfahrer überfährt infolge von Fahrlässigkeit ein Kind tödlich, auf die Kunde davon erleidet die Mutter des Kindes einen Nervenzusammenbruch, der eine Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit zur Folge hat. Das Reichsgericht meint dazu: „Für den dadurch verursachten Vermögensschaden, der in erster Linie den klagenden Ehemann, möglicherweise aber auch die Frau selbst treffe, hält der Berufungsrichter beide Beklagten als Gesamtschuldner für haftbar. Dabei geht er ohne Rechtsirrtum davon aus, daß es sich hier nicht um mittelbaren Schaden in dem Sinne handelt, wie er nur in den Ausnahmefällen der §§ 844, 845 BGB. von der Ersatzpflicht nach § 823 BGB. umfaßt wird. Jener Schaden ist der Schaden einer Person, die nicht selbst durch die unerlaubte Handlung betroffen ist, sondern nur deren Rückwirkungen auf ihr Vermögen zu spüren hat. Hier ist aber die Mitklägerin selbst durch die unerlaubte Handlung in ihrer Gesundheit geschädigt worden, und die Folgen dieser Gesundheitsschädigung werden von der Klägerin geltend gemacht. Daß nach § 823 Abs. 1 BGB. die daselbst genannten Rechtsgüter oder Rechte unmittelbar verletzt sein müßten und ihre mittelbare Verletzung nicht genüge, ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts niemals angenommen worden." Man erkennt unschwer, daß hier zwar ein mittelbarer Schaden vorliegt, der aber mit einer unmittelbaren Schädigung, nämlich der Gesundheitsbeschädigung, verbunden ist. Auf welche Weise diese ihrerseits erfolgte, ist gleichgültig, denn es kann m. E. keinen Unterschied bedeuten, ob die Mutter des getöteten Kindes bei dem Unfall zugegen war und einen Nervenschock erlitt, oder ob sie erst später davon erfuhr. Insofern ist auch der Ausdruck „mittelbare Verletzung" nicht sehr glücklich. (Vor allem ist es natürlich auch gleichgültig, ob der Eingriff in die Gesundheit auf physischem oder psychischem Wege erfolgte; daß das letztere der Fall war, hat vielleicht das Reichsgericht zu der Annahme einer „mittelbaren Verletzung" veranlaßt.) Im vorliegenden Falle hätte die Mutter des getöteten Kindes also für die Be-

29) So auch RGRK. § 826 Anm. 4, Riezler in „Recht", 1922 S. 166.
30) Siehe die bei Riezler Angeführten!

einträchtigung ihrer Gesundheit Entschädigung nach § 847 BGB. beanspruchen können. Die Sachlage ist einfach die, daß die (unmittelbar) Geschädigte einen ideellen Nachteil als unmittelbaren Schaden erlitten hat, und daß dieser einen mittelbaren Schaden, nämlich vermögensrechtliche Nachteile, im Gefolge hatte; aus der grundsätzlichen Gleichstellung des immateriellen Schadens mit dem Vermögensschaden ergibt sich, daß für beide ein Ersatz zu leisten ist, sei es nun bezüglich des Nichtvermögensschadens durch Herstellung oder, sofern dies im Gesetz vorgesehen ist, durch Geldleistung. Ist diese ausgeschlossen und die Herstellung unmöglich, so kann eben lediglich der dem unmittelbar Geschädigten erwachsene mittelbare Schaden ersetzt werden. So kann z. B. aus der Vollziehung eines unrechtmäßigen Arrestes der Arrestbeklagte nach § 945 ZPO. Ersatz des Vermögensschadens verlangen, der ihm dadurch entstanden ist, daß er infolge der Arrestvollziehung seelisch erkrankt und dadurch zu ihm nachteiligen Vermögensverfügungen veranlaßt worden ist [31]). Nach dem schon früher Ausgeführten wäre hier auch ein Schmerzensgeldanspruch berechtigt gewesen. Dagegen wird ein Nichtvermögensschaden, hervorgerufen durch das Mittelglied einer Vermögensbeschädigung, nicht in Geld ersetzt (sondern allenfalls durch Herstellung) [32]).

Nur unerlaubte Handlungen begründen eine Haftung aus § 847, ist also ein Nichtvermögensschaden der in § 847 bezeichneten Art ausschließlich infolge einer Vertragsverletzung entstanden, so wird er nicht ersetzt: „Wer vertraglich für eine Körper- oder Gesundheitsbeschädigung einzustehen hat, braucht im Zweifel für den durch diesen bewirkten immateriellen Schaden keinen Ersatz in Geld zu leisten; der § 253 macht nur für die durch *Gesetz* bestimmten Fälle eine Ausnahme, auf vertragliche Haftung findet auch § 847 keine Anwendung" [33]). Ebenso RGZ. 112[294]: „Aus § 847 BGB. kann daher kein Anspruch gegen diejenigen hergeleitet werden, deren Haftung nur auf schuldhaften Zuwiderhandlungen gegen vertragliche Verbindlichkeiten beruht (vgl. RGZ. 65[17], JW. 1910 S. 122 Nr. 13). Er trägt den Charakter einer Ausnahmebestimmung, der deshalb seine sinngemäße Anwendung ... auf Vertragsverhältnisse ... verbietet." Erfüllt dagegen eine Vertragsverletzung gleichzeitig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung, so kann selbstverständlich Schmerzensgeld gefordert werden [34]), denn der Vertrag *verstärkt* die allgemeine Rechtspflicht, nicht aber beseitigt er sie [35]. Das Gesagte hat ohne Einschränkung für die Vorschrift des § 618 Abs. 3 BGB. zu gelten, welche die §§ 842—846 BGB. auf die Schadensersatzpflicht des Dienstberechtigten bei Nichterfüllung der ihm aus Dienst-

31) RGZ. 143 118.
32) Vgl. Fischer, a. a. O. S. 299.
33) RG. in JW. 1907 S. 99 Nr. 1.
34) JW. 1907 S. 830; LZ. 1915 S. 833.
35) RGZ. 88, 433.

vertrag dem Dienstverpflichteten gegenüber in Ansehung des Lebens und der Gesundheit obliegenden Verpflichtungen für entsprechend anwendbar erklärt. Dabei mag auffallen, daß § 847 BGB. nicht mit aufgeführt ist. Wenn nun Josef [36]) den Standpunkt vertritt, dieser Paragraph sei versehentlich weggeblieben und man müsse ihn ebenso für anwendbar erachten wie alle übrigen, so ist das m. E. nicht richtig. Gerade die Gewährung eines Schmerzensgeldanspruchs sollte nach Willen des Gesetzgebers nur in denjenigen Fällen statthaben, in denen die Vertragsverletzung mit einer unerlaubten Handlung konkurriert, mithin nur dann, wenn das Verhalten des Dienstberechtigten zu schärferer Mißbilligung Anlaß gibt. Es besteht deshalb kein Bedürfnis nach einer im Gegensatz zum Gesetzeswortlaut stehenden Auslegung des § 618 Abs. 3, das ist auch durchaus herrschende Ansicht [37]). Ebenso aber würde man gegen Sinn und Wortlaut der Bestimmung verstoßen, wenn man versuchen wollte, mit Hilfe des § 823 Abs. 2 (§ 618 ist Schutzgesetz i. S. dieser Vorschrift) die Anwendung des § 847 doch durchzusetzen, denn die in § 618 Abs. 3 getroffene Regelung ist die speziellere und schließt die allgemeine Anwendung der Vorschriften über Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung aus. — Im übrigen wird der Anspruch aus § 618 weitgehend durch die Bestimmungen der Reichsversicherungsordnung ausgeschlossen (für die gewerbliche Unfallversicherung durch die §§ 898 mit 899—907 RVO., für die landwirtschaftliche und die Seeunfallversicherung durch die Verweisung in den §§ 1042 bzw. 1219 RVO.).

Sind alle Tatbestandsmerkmale des § 847 erfüllt, so ist ein Anspruch auf Entschädigung gegeben. Diese Entschädigung soll nun keineswegs etwa dem Vermögen des Verletzten etwas ihm Entzogenes wieder zuführen (wie beim Ersatz des Vermögensschadens), sondern sie soll dessen Vermögen *vermehren*, indem sie ihm in Geld eine Vergütung bietet für erlittene körperliche Schmerzen, Verunstaltungen sowie Schmälerungen des körperlichen Wohlbefindens, mit denen eine Schädigung des Erwerbs nicht verbunden ist. „Sinn und Zweck der Entschädigung ist es also, den Verletzten in die Lage zu versetzen, sich für die gesamten Leiden, die er durchzumachen hatte oder noch durchmachen muß, insbesondere für die körperlichen und seelischen Schmerzen, für die Sorgen und den Kummer, die durch die unerlaubte Handlung verursacht sind, gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen und durch Gewährung materieller Vorteile, soweit dies überhaupt möglich ist, seinen immateriellen Schaden auszugleichen. Dabei ist insbesondere noch die Heftigkeit der Schmerzen, die Schwere der Verletzungen, die Bedeutung der körperlichen Entstellung, die Beeinträchtigung der Lebensfreude, die seelische Bedrückung zu berücksichtigen" [38]). Von einer Wiedergutmachung im eigentlichen Sinne kann dabei natürlich

36) Josef in „Recht" 1913 S. 658 f.
37) Vgl. RGRK. § 618 Anm. 7.
38) RG. in Warn. 1932 Nr. 40.

nicht die Rede sein, sondern die Entschädigung wird meist den Zweck verfolgen, das Weiterwirken von Unlustgefühlen zu verhindern oder diese wenigstens in ihrer Wirkung abzuschwächen. Es tritt hier der gleiche Gedanke zutage wie auch sonst bei Nichtvermögensschäden, daß nämlich eine Schadensersatzleistung nur in der Weise möglich ist, daß auf die konkreten und meßbaren Güter eingewirkt wird, welche die Existenzgrundlage des immateriellen Guts bilden.

Über die Art und Weise, in der die Entschädigung gewährt werden soll, ist man sich einig. In der Regel kommt eine Kapitalabfindung in Betracht, in Ausnahmefällen ist auf Zahlung einer Rente zu erkennen, wenn es sich um Nachteile handelt, deren Entwicklung sich zunächst in keiner Richtung absehen läßt (z. B. eine Narbe, die immer wieder aufbrechen oder aber im Laufe der Zeit vollständig verheilen kann). Trotzdem der Rente eine erstrebenswerte Anpassungsfähigkeit innewohnt — man denke nur an § 323 ZPO. —, begegnet ihre Gewährung mannigfachen Bedenken, vor allem, was die unerfreuliche Tatsache einer dauernden Belastung des Ersatzpflichtigen, eines immerwährenden Schwebezustandes, einer nicht endgültigen Bereinigung der Angelegenheit betrifft. Sie wird also lediglich da zu gewähren sein, wo eine zwingende Notwendigkeit vorliegt und eine Kapitalabfindung den Interessen des Geschädigten nicht gerecht werden würde. Ist es ja doch so, daß der Richter bei Bemessung des Schmerzensgeldes nicht nur die zur Zeit des Erlasses des Urteils bereits feststehenden Umstände, sondern auch deren für die Zukunft zu erwartende Entwicklung zu beachten hat. Eine „absolut sichere" Feststellung ist dabei ebensowenig zu verlangen wie im Falle eines Vermögensschadens [39]); ein sicheres Erkennen ist, wie dies in der Rechtsprechung des öfteren ausgesprochen wurde, in vielen menschlichen Verhältnissen wegen der Grenzen, die der menschlichen Erkenntnis gezogen sind, nicht immer zu erzielen. Ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit kann dann genügen, um dem Richter die Überzeugung von der voraussichtlichen Entwicklung der Dinge zu verschaffen [40]). Eine Teilung des Schmerzensgeldes ist u. U. (z. B., wenn sich die weitere Entwicklung des Zustandes des Verletzten, zumal wegen der Möglichkeit einer erneuten Operation, noch nicht übersehen läßt) in der Art möglich, daß es zunächst bis zu einem bestimmten Zeitpunkt festgesetzt wird [41]).

Die Höhe des Schmerzensgeldes ist vom Gericht nach freier Überzeugung zu bemessen, es wird dabei in erster Linie von der Dauer und Heftigkeit der Schmerzen usf. auszugehen haben und erforderlichenfalls Ärzte, insbesondere Psychiater, als Sachverständige beiziehen müssen. Weiterhin hat der Richter — jedenfalls nach herrschender Ansicht — die Vermögens-

39) Recht 1934 Nr. 175; JW. 1934 S. 156, Nr. 4.
40) RGZ. 95 249.
41) Vgl. Seuff. Arch. 88 Nr. 40; „Recht" 1934 Nr. 2946.

lage des Ersatzberechtigten wie des Ersatzverpflichteten in Betracht zu ziehen, wobei vorweg bereits bemerkt werden soll, daß selbst durch eine reichliche Bemessung des Ersatzes für einen etwa mitentstandenen Vermögensschaden der Anspruch des Geschädigten auf Vergütung für seinen nichtvermögensrechtlichen Schaden nicht abgegolten werden kann[42]). — Als dritter Punkt endlich ist auch das Verschulden des Schädigers, sofern ein solches überhaupt tatbestandsmäßig vorausgesetzt ist, für die Festsetzung der Entschädigung von Bedeutung; das ist indessen — wie noch gezeigt werden wird — nicht unbestritten. Lediglich der Vollständigkeit halber mag erwähnt sein, daß bei mitwirkendem Verschulden des Verletzten die allgemeinen Grundsätze (§ 254 BGB.) Anwendung finden.

Auf die beiden letztgenannten Gesichtspunkte ist des näheren einzugehen. Was zunächst die Berücksichtigung der Vermögenslage anbelangt, hat sich dazu folgende Rechtsprechung herausgebildet: Die gute Vermögenslage des Ersatzberechtigten fällt zu seinen Ungunsten ins Gewicht, der vermöglichere Geschädigte erhält demnach in der Regel eine geringere Entschädigung als ein unvermöglicher, weil er eher als ein Minderbemittelter in der Lage ist, sich infolge seiner günstigen wirtschaftlichen Verhältnisse über den Verlust immaterieller Güter hinwegzuhelfen[43]). Andererseits soll auch der ungünstigen wirtschaftlichen Lage des Ersatzverpflichteten Rechnung getragen werden, was aber nicht dazu führen dürfe, daß dem Verletzten jeder Anspruch wegen Beeinträchtigung ideeller Werte abgesprochen werde[44]). Nicht zu berücksichtigen sei die Tatsache, daß der Ersatzpflichtige haftpflichtversichert sei, denn die Versicherungssumme bilde keinen Bestandteil des dem Schädiger gehörenden Vermögens, dessen Umfang bei der Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes in Betracht gezogen werden könne. Die Versicherung des Haftpflichtigen diene lediglich zu seiner Schadloshaltung, nachdem seine Entschädigungspflicht auf Grund der sonstigen Sachlage festgestellt worden sei. Daß die Leistung alsdann nicht aus den Mitteln des Haftpflichtigen, sondern aus denen der Versicherungsgesellschaft geschehe, berühre nicht das Verhältnis zwischen dem Geschädigten und dem Haftpflichtigen. Dieser Umstand könne höchstens dazu führen, daß die vom Haftpflichtigen an den Geschädigten zu leistenden Beträge, hinsichtlich deren er durch Versicherung gedeckt sei, bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht als Minderung seines Vermögens anzusehen seien[45]). (Wenn man den letzten Satz kritisch betrachtet, kann man allerdings zweifeln, ob er im Ergebnis nicht doch wieder zu einer wenn auch diesmal mittelbaren Berücksichtigung der Versicherung führt.) — Im Gegensatz zu dieser feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts ist bis in die jüngste Zeit hinein

42) JW. 1908 S. 550 Nr. 12; 1913 S. 543 Nr. 7.
43) RGZ. 76, 175; JW. 1915 S. 920 Nr. 9; Warn. 1921 Nr. 251.
44) Warn. 1935, 169/171; JW. 1934 S. 2769 Nr. 6.
45) Vgl. RGZ. 136, 61; 157, 348; JW. 1938 S. 2014 Nr. 14.

immer wieder der Versuch unternommen worden, die Entschädigung beim Bestehen einer Versicherung höher zu veranschlagen, zuletzt vom Oberlandesgericht Köln mit wenig stichhaltiger Begründung [46]), auf die ich indessen nicht einzugehen brauche, weil ich im folgenden zeigen will, daß es auf diese Frage gar nicht entscheidend ankommt.

Ist der Staat (Fiskus) der Ersatzpflichtige, so soll nach Meinung des Reichsgerichts die Rücksichtnahme auf die Vermögensverhältnisse wegfallen, weil das Vermögen des Fiskus den öffentlichen Staatszwecken diene und nicht zu dem Vermögen des Ersatzberechtigten in ein Verhältnis gebracht werden könne [47]).

Der in der Praxis immer wieder vertretenen Ansicht, daß bei der Bemessung des Entschädigungsanspruchs die Vermögenslage beider Beteiligten zu berücksichtigen sei, kann nicht beigepflichtet werden. Ausgangspunkt dieser verbreiteten Ansicht ist der Wortlaut des Gesetzes, der von einer „billigen" Entschädigung in Geld spricht. Billig sei es nun, die Vermögensverhältnisse beider Beteiligten in Betracht zu ziehen. — Der Ausgangspunkt für die Bestimmung des Begriffs der Billigkeit ist m. E. verfehlt. Wohl ergibt sich aus diesem Begriff, daß die Entscheidung dem vernünftigen Ermessen des Gerichts anheimgegeben werden soll, und daß dieses alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen hat. Hierunter sind jedoch nur solche Umstände zu begreifen, die den Geschehensablauf betreffen und nichts weiter. Denn man sehe sich einmal den Vorgang des Vermögensschadensersatzes an: Wo ist dort die Billigkeit, was die Vermögenslage angeht? Gewiß, es steht davon nichts im Gesetz, so wie in § 847 BGB., aber sollte ihre Bedeutung deshalb geringer sein? Ein armer Teufel, der leichtfahrlässig einen reichen Mann geschädigt hat, muß u. U. alle verfügbaren Mittel aufbieten, um einen materiellen Schaden zu ersetzen. Wenn hingegen genau dasselbe Ereignis lediglich einen immateriellen Schaden verursacht hat, der weit schwerwiegender sein kann, soll ein voller Ersatz unbillig sein, weil er der Vermögenslage beider Teile nicht Rechnung tragen würde. Der Angelpunkt des Begriffs „billig" muß demnach falsch sein. — Die Einfügung des Wortes „billig" in den § 847 läßt sich m. E. einmal auf die schwere Bestimmbarkeit und Bewertbarkeit des immateriellen Schadens sowie auf dessen Minderbewertung im BGB. zurückführen. Das Gesetz glaubte überflüssigerweise, obwohl die Entscheidung über den immateriellen Schaden schon ohnehin dem Ermessen des Richters anheimgegeben sein mußte, einen besonderen Hinweis darauf, daß eben im Hinblick auf den schwer faßbaren Begriff des immateriellen Schadens alle Umstände des Falls abgewogen werden müssen, in dem Wörtchen „billig" geben zu sollen.

46) JW. 1937 S. 1257 Nr. 24.
47) RG. in JW. 1915 S. 920 Nr. 9.

Ähnlicher Meinung ist Walter [48]): „Wenn beim Schmerzensgeld die Entschädigung eine billige sein soll, so soll damit jener Unterschied zwischen materiellem und immateriellem Schaden getroffen werden, der darin besteht, daß die Schmerzen, also die auf der Seite des Geschädigten liegenden Umstände, eine ziffernmäßige Berechnung an sich nicht zulassen. Allein darum war es notwendig, den Begriff der Billigkeit in diese Gesetzesbestimmung überhaupt einzuführen."

Die Rechtsprechung ist nun auch nicht folgerichtig. Wenn schon diese mangelnde Folgerichtigkeit in Fällen, in denen der Fiskus der Verpflichtete ist, wegen der Besonderheit der Sachlage in Kauf genommen werden mag, so doch bestimmt nicht in der Behauptung, daß eine ungünstige Vermögenslage des Schädigers niemals dazu führen könne, dem Geschädigten jeglichen Anspruch auf Schmerzensgeld abzusprechen. Denn folgerichtig wäre es hier, dem Geschädigten den Anspruch gerade n i c h t einzuräumen. Aber da sich in diesem Fall eine „Unbilligkeit" ergeben würde, zieht das Reichsgericht diese Folgerung nicht. Vermutlich hat dabei, vielleicht ganz unbewußt, der Gedanke an die Durchsetzung des Anspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung hereingespielt, nämlich in der Art, daß man die etwaige schlechte Vermögenslage des Ersatzverpflichteten in die Waagschale wirft, um zu verhindern, daß der Ersatzberechtigte ihm in der Vollstreckung zu sehr zusetzt; beim Habenichts verläuft sie dann ohnehin ergebnislos. — Dieser an sich begrüßenswerte Gedanke, den Schuldner vor unerfüllbaren Forderungen in Schutz zu nehmen, hat aber mit der Feststellung des Schadens als solcher überhaupt nichts zu tun, sondern gehört ausschließlich dem Vollstreckungsrecht an, das hier der Möglichkeiten viele gibt, um dem Schuldner nötigenfalls Schonung angedeihen zu lassen (§§ 811, 850, 850 a, b, e, f, g ZPO.; VollstrMißbrGes. vom 13. Dezember 1934 u. a. m.). Nicht aber sollte eine diesbezügliche Erwägung dahin führen, den berechtigten Anspruch des Verletzten schon im Urteilsausspruch zu schmälern und ihm auf diese Weise von vornherein die Möglichkeit zu nehmen, gegen den zunächst zwar vermögenslosen Schuldner später einmal auf Grund der Tatsache vorzugehen, daß dieser zu Vermögen gelangt ist. Einem allzu langen und unerquicklichen Schwebezustand sowie einer endlosen Weiterverfolgung uralter Ansprüche einen Riegel vorzuschieben, ist Sache der Gesetzgebung; daß derartige Tendenzen bestehen, dafür lassen sich Ansätze in neueren Gesetzen (Schuldenbereinigungsgesetz, § 72 EheGes.) erkennen, wenn auch die Bestimmungen noch ganz auf einen bestimmten Kreis von Fällen zugeschnitten sind. Man kann deshalb die angedeuteten Befürchtungen, mindestens de lege ferenda, ruhig fallen lassen.

---

48) Walter in „Das Recht des Kraftfahrers", 1936 Nr. 9 S. 238; ferner in JW. 1936 S. 2773.

Als Ergebnis dieser Ausführungen ist demnach festzuhalten, daß die Vermögenslage des Ersatzverpflichteten bei der Bemessung der Schadensersatzhöhe keine Rolle spielen darf [49]). Damit erledigt sich mühelos die früher und z. T. auch heute noch umstrittene Frage, ob eine zugunsten des Schädigers bestehende Haftpflichtversicherung zu berücksichtigen ist oder nicht. Da die Vermögenslage des Schädigers unbeachtlich ist, entfällt auch die Prüfung der Frage, welche Stellung der Haftpflichtversicherung im Verhältnis zum Vermögen zukommt; die Verpflichtung der Versicherungsgesellschaft richtet sich ausschließlich nach § 149 VVG.: „Bei der Haftpflichtversicherung ist der Versicherer verpflichtet, dem Versicherungsnehmer die Leistung zu ersetzen, die dieser auf Grund seiner Verantwortlichkeit für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache an einen Dritten zu bewirken hat." Es ist ein Irrtum, wenn das OLG. Köln in seiner oben zitierten Entscheidung eine Beziehung zwischen Ersatzberechtigtem und Versicherungsgesellschaft in der Weise zu konstruieren versucht, daß es bei Zuerkennung eines Schmerzensgeldes in Höhe von RM. 1000.— dem Schädiger, der haftpflichtversichert war, zwar den vollen Betrag auferlegt, gleichzeitig aber unter Berücksichtigung seiner (ungünstigen) Vermögenslage seine Haftung auf den Betrag von RM. 500.— beschränkt für den Fall, daß beispielsweise die Versicherungsgesellschaft in Konkurs geraten würde. Das ist ganz abwegig und läßt sich am allerwenigsten mit der Berufung auf das gesunde Volksempfinden rechtfertigen, wie dies im Urteil versucht wird. — Auch die Grundlage der Entscheidung des Reichsgerichts im 136. Bande S. 60 entfällt damit, in welcher zwar zu Recht die Berücksichtigung einer Versicherung abgelehnt, sonst aber nach wie vor der Rücksichtnahme auf die Vermögensverhältnisse des Schädigers das Wort geredet wird. Dies ist um so unverständlicher, als man ja gar nicht weiß, welche Vermögensverhältnisse dabei ins Auge gefaßt werden sollen, die zur Zeit der Schadensentstehung oder die zur Zeit der Urteilsfällung. Das Reichsgericht scheint in der genannten Entscheidung von dem letzteren Standpunkt auszugehen, da es sagt, der Umstand, daß die Leistung nicht aus den Mitteln des Haftpflichtigen, sondern aus denen der Versicherungsgesellschaft erfolge, könne höchstens dazu führen, daß die vom Haftpflichtigen an den Geschädigten zu leistenden Beträge, hinsichtlich deren er durch Versicherung gedeckt sei, bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht als Minderung seines Vermögens anzusehen seien. Wenn nun das RG. wenige Sätze vorher davon spricht, daß die „Versicherungssumme" [50]) keinen Bestandteil des Vermögens bilde, so wäre ja eine Belastung des Vermögens mit der Schadensersatzverbindlichkeit vorhanden und in Rechnung zu stellen.

49) Im Ergebnis ebenso: Walter, a. a. O. S. 238.

50) Das Wort ist hier zweifellos nicht im technischen Sinn (Versicherungssumme = die vertraglich vereinbarte Haftungsgrenze) gebraucht.

Die Ausführungen bewegen sich also etwas im Kreise, was aber nur daran liegt, daß einerseits das Vermögen berücksichtigt und anderseits die Versicherung nicht berücksichtigt werden soll. In Wirklichkeit ist das Vermögen des Ersatzpflichtigen mit einer Schadensersatzverbindlichkeit beschwert, der ein Befreiungsanspruch an die Versicherungsgesellschaft gegenübersteht; der Versicherungsvertrag stellt sich auf seiten des Versicherers als aufschiebend bedingte Erfüllungsübernahme dar, die Bedingung wird mit dem Eintritt des Versicherungsfalls wirksam, woraus ein Befreiungsanspruch zugunsten des Versicherungsnehmers erwächst, der m. E. einen Bestandteil des Vermögens bildet. Dieser braucht sich nun keineswegs — wie das allerdings häufig der Fall sein wird — mit dem Betrag der Schadensersatzverbindlichkeit zu decken, sondern er kann darunter liegen, nämlich dann, wenn im Versicherungsvertrag eine bestimmte Haftungsgrenze vereinbart ist (Versicherungssumme), so daß das Vermögen des Schuldners mit dem überschießenden ungedeckten Betrag belastet bleibt und schließlich auch um diesen vermindert wird. Weil aber eine solche Verminderung nach der Rechtsprechung des RG. wiederum zu berücksichtigen wäre, müßte alsbald der Betrag des Schmerzensgelds herabgesetzt werden, der Schaden würde dann vielleicht so weit zurückgehen, daß er noch innerhalb der Deckungsgrenze läge, es wäre nun keine Beanstandung mehr zu erheben, und der praktische Erfolg wäre diesmal der, daß das Bestehen der Versicherung sich zuungunsten des Gläubigers ausgewirkt hätte, ein Ergebnis, das doch gerade vermieden werden sollte.

Wenn die Vermögenslage des Schädigers keine Berücksichtigung erfahren darf, muß folgerichtigerweise dasselbe für die des Geschädigten gelten. Die überwiegend vertretene Ansicht, bei Bestimmung der Höhe des Schmerzensgeldes sei auch die gute Vermögenslage des Ersatzberechtigten (und zwar zu seinen Ungunsten) in Betracht zu ziehen [51]), kann nur mit der Maßgabe verwendet werden, daß man einem Vermöglicheren eine höhere Entschädigung nicht um deswillen zubilligen soll, weil er sich infolge seiner Wohlhabenheit mehr leisten konnte und ihm deswegen in Zukunft u. U. größere Lebensgenüsse entgehen. Maßgebend muß hier einzig und allein der Begriff des immateriellen Schadens sein, der für jeden Geschädigten im wesentlichen der gleiche zu sein hat — wenigstens, sofern es sich darum handelt, ihn in Ermangelung eines besseren in Beziehung zum Geld zu setzen. Denn wie zwar der einem Reichen entstandene ideelle Schaden aus den eben erwähnten Gründen möglicherweise erheblicher sein kann, so ist anderseits der Reiche imstande, aus eigenen Mitteln und — vielleicht durch Mehraufwand auf anderen Gebieten — sich Lebensfreuden zu verschaffen und sich einigermaßen schadlos zu halten. Verfehlt wäre es aber, dem Wohlhabenderen eine geringere Entschädigung zusprechen zu wollen als einem Ärmeren,

51) Vgl. RGRK. § 847 Anm. 5.

denn auch der Wohlhabende kann bereits in dem Zeitpunkt, in dem das Urteil Rechtskraft erlangt, verarmt sein und hat dann seine Leiden gewissermaßen umsonst durchgemacht. Im übrigen wird ein wirklich Wohlhabender kaum ein Interesse haben, ein verhältnismäßig unbedeutendes Schmerzensgeld einzuklagen, da ihm das Geld ohnehin keinen genügenden Ausgleich für ideelle Nachteile zu bieten vermag.

Die Vermögensverhältnisse der Beteiligten haben also bei der Bemessung der Entschädigung außer Betracht zu bleiben; in manchen Fällen kann dabei eine Berücksichtigung des Schuldgrades auf seiten des Schädigers ein erwünschtes Korrektiv bilden. Allerdings ist es streitig, ob dem Grad des Verschuldens Bedeutung beigemessen werden soll; die Frage ist m. E. zu bejahen. Der Umstand, daß zu den unerlaubten Handlungen auch Tatbestände gehören, die eine Haftung ohne Verschulden begründen, ist zwar geeignet, in die Behandlung des Problems ein Moment der Unsicherheit hineinzutragen, wiewohl die Fälle reiner Gefährdungshaftung, die eine Anwendung des § 847 BGB. zulassen, selten sind; ja es dürfte hier lediglich § 833 Satz 1 BGB. in Betracht kommen, während sich Fälle schuldloser Haftung sonst nur noch beim Handeln auf eigene Gefahr finden. Nimmt man nun aber lediglich diejenigen Fälle heraus, bei denen das Gesetz ein Verschulden voraussetzt, so kann nach der Rechtsprechung des RG. — die früher gegenteiliger Meinung war [52]) — die Höhe des Schmerzensgelds u. U. vom Grade des Verschuldens abhängig gemacht werden. Besonders grobes Verschulden könne berücksichtigt werden, zumal da es auf den Geschädigten verbitternd wirken könne. Daher ist es auch für zulässig zu erachten, wenn der Richter bei der Bemessung der Höhe des Schadens sich nicht auf die Feststellung beschränkt, daß der Schadenstifter das in Rede stehende Ereignis überhaupt verschuldet hat, sondern auch die Erheblichkeit des Verschuldens beachtet. Gerade beim immateriellen Schaden kann es nicht gleichgültig sein, aus welcher Gesinnung heraus der Täter gehandelt hat und ob ihm ein erhebliches oder nur ein geringes Verschulden zur Last zu legen ist, denn ein derartiger Umstand ist vor allem für das seelische Unbehagen, seinen Grad und seine Behebbarkeit von Belang. Soweit der ideelle Schaden ausschließlich auf psychischem Gebiet liegt, ist die Frage nach dem Grad des Verschuldens durchaus wesentlich für den Umfang, den die Schädigung annimmt, wobei man sich allerdings stets vor Augen halten muß, daß die Schmerzensgeldzahlung den Charakter einer Entschädigung und nicht den einer Zivilstrafe tragen soll, wiewohl sich eine gewisse „Tönung" nicht vermeiden lassen wird; die Berücksichtigung des Verschuldens legt zweifellos in die Geldleistung ein — allerdings unbedeutendes — Strafelement hinein, eine Tatsache, die gern als Gegenbeweis verwendet wird [53]).

52) Vgl. Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1910 S. 217.
53) Z. B. von John in „Die öffentlich-rechtliche Versicherung", 1932, Nr. 22.

Eine Überschätzung dieses Strafelements ist es aber, wenn z. B. Baur [54]) zu der Ansicht neigt, das Schmerzensgeld sei eine dem Schuldner auferlegte und dem Verletzten zugute kommende Sühne, es werde hier nichts anderes als der Bußgedanke lebendig. Auch die Natur der strafrechtlichen Buße als reiner Entschädigung kann heute m. E. nicht mehr zweifelhaft sein. Zwar wird noch vielfach die Auffassung vertreten, die Buße sei Privatstrafe [55]) oder eine Kombination von Strafe und Schadensersatz [56]). Beide Auffassungen gehen indes fehl, denn die Buße ist nichts anderes als eine Entschädigung, die lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen gleich im Strafverfahren festgesetzt werden kann. Die Fassung des Gesetzes (§§ 188, 231 StGB.) läßt dies deutlich genug erkennen, wenn es heißt, es könne „neben der Strafe" auf eine Buße erkannt werden, und „Eine erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs aus", demnach wird auch das Bußverlangen als ein solcher Entschädigungsanspruch aufgefaßt. Ob man statt „Entschädigung" den Ausdruck „Privatgenugtuung" [57]) oder ähnliche gleichwertige Ausdrücke verwenden will, beeinflußt das Ergebnis in keiner Weise. Zugegeben werden soll jedoch, daß sich — aber nur soweit es sich um die Entschädigung für Nichtvermögensschaden handelt — Berührungspunkte mit der Strafe finden, und daß eine strenge Abgrenzung der Strafe gegenüber der Entschädigung nur bei Herstellung (Naturalrestitution) möglich ist. Als Unterscheidungsmerkmal dafür, ob eine Geldleistung als Strafe oder als Ausgleich anzusehen ist, kann die Fragestellung dienen: Erfüllt die Leistung auch dann ihren Zweck, wenn ein Dritter sie erbringt, oder erfüllt sie in diesem Falle ihren Zweck nicht? Die Frage wird hinsichtlich der Buße zu bejahen sein. Richtig sagt das Reichsgericht [58]): „Bei Geltendmachung der Buße handelt es sich ... um Erhebung eines Entschädigungsanspruchs bürgerlichrechtlicher Natur, der nur die Besonderheit zeigt, daß er im Wege des Strafverfahrens zur Durchführung und Festsetzung gelangt. Zweifellos war bei Einführung der Buße in das Gebiet des Strafrechts die Absicht leitend, die Zahl der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu verringern [und der damals in Deutschland noch herrschenden Rechtszersplitterung entgegenzuwirken]. Es sollte die Möglichkeit geschaffen werden, daß derjenige Richter, der bei Beurteilung des öffentlich-rechtlichen Strafanspruchs den Tatbestand zu ermitteln und die Strafe festzusetzen hat, sofort über den durch denselben Sachverhalt bedingten bürgerlichrechtlichen Entschädigungsanspruch entscheiden könne, um zu vermeiden, daß die gleiche Verhandlung sich noch einmal vor dem Zivilprozeßrichter wiederhole" [59]). Für den Entschädigungscharakter der Buße

54) Baur, Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts, S. 33.
55) Siehe die bei Olshausen § 188 Anm. 2 Aufgeführten.
56) Wächter, Die Buße, 1874.
57) So Olshausen a. a. O.
58) RGStr. 44, 296.
59) RGStr. 53, 207: Buße ist Entschädigung, nicht Nebenstrafe.

spricht ferner, daß sie dem Verletzten zukommt, während die Geldstrafe in die Staatskasse fließt; die Höhe der Geldstrafe richtet sich, abgesehen von der Schwere der Tat und dem vorgesehenen Strafrahmen (vgl. §§ 27, 27 a StGB.) u. a. danach, ob der Täter vermögend ist oder nicht, denn einem Reichen kann sie nur durch größere Höhe fühlbar gemacht werden [60]), die Buße ist dagegen unabhängig von solchen Erwägungen zuzusprechen; welche Stellung käme endlich der Buße zu, wenn z. B. bei übler Nachrede ausschließlich auf Geldstrafe erkannt würde? Es läßt sich demnach nicht daran zweifeln, daß die Buße ausschließlich oder mindestens weit überwiegend den Charakter einer Entschädigung an sich trägt.

Deshalb ist auch die Auffassung, als ob es sich beim Schmerzensgeld um eine Sühne od. dgl. handeln könnte, abzulehnen; ebenso ist nicht zu befürchten, daß eine Berücksichtigung des Verschuldensgrades das vermeintlich pönale Wesen des Schmerzensgeldes verstärken könnte. Vielmehr ist mit Fischer [61]) daran festzuhalten, daß nicht nur bei konkurrierendem Verschulden des Verletzten, sondern ganz allgemein in den Fällen der §§ 847, 1300 BGB. auf die Größe der Schuld des Schädigers ... bei Bemessung der Höhe der Entschädigung Rücksicht zu nehmen ist, weil die Billigkeit dies erfordert. Darin zeigt sich allerdings eine erhebliche Abweichung vom Vermögensschadensersatz (wo, wenn einmal die Ersatzpflicht feststeht, lediglich die Höhe des Schadens den Umfang der Haftung bestimmt), die indessen ihre Rechtfertigung in der Eigenart des Nichtvermögensschadens findet. Für die ausgestandenen körperlichen Schmerzen freilich scheint es belanglos zu sein, wie schuldhaft sie verursacht wurden, wenn auch bei dem unleugbaren Wechselwirkungszusammenhang Körper — Seele nicht übersehen werden darf, wie bedeutsam für die Heilung und Genesung seelische Faktoren, also insbesondere etwa tiefe Verstimmung über die gemeine Handlungsweise des Täters usw., sein können. Im übrigen mag noch darauf hingewiesen werden, daß eine Berücksichtigung des Grades des Verschuldens — auch abgesehen von der bekannten Abstufung der Fahrlässigkeit in „grobe" und gewöhnliche — dem Zivilrecht keineswegs völlig fremd ist, wie dies etwa der § 254 BGB. zeigt; aber auch anderwärts finden sich Vorschriften, die eine solche Abstufung vornehmen, so im Patentgesetz und im Gebrauchsmustergesetz, beide vom 5. Mai 1936, wo es in den §§ 47 Abs. 2 bzw. 15 Abs. 2 je Satz 2 gleichlautend heißt: „Fällt dem Verletzer nur leichte Fahrlässigkeit zur Last, so kann das Gericht statt des Schadens-

60) § 27 c StGB. verordnet: „Bei der Bemessung einer Geldstrafe sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen." Bei der Schaffung der Vorschrift (6. 2. 21!) wird man allerdings in erster Linie an eine Berücksichtigung zugunsten des Täters gedacht haben. — Richtig sagt jedoch Mezger, a. a. O., S. 492: „Die hier vorgeschriebene Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters darf jedoch den Strafcharakter der Geldstrafe, d. h. ihre Anpassung an die Tat, nicht ausschließen."

61) Fischer, a. a. O. S. 313.

ersatzes eine Entschädigung festsetzen, die in den Grenzen zwischen dem Schaden des Verletzten und dem Vorteil bleibt, der dem Verletzer erwachsen ist." Diese Vorschriften sind um deswillen als Vorgang von erheblicher Bedeutung, weil sie in Gesetzen enthalten sind, die den Schutz von Immaterialgüterrechten bezwecken, und weil sie gleichzeitig die Tendenz der neueren Gesetzgebung ersichtlich machen, auch im Zivilrecht Beziehungen zwischen Entschädigung und Grad des Verschuldens herzustellen. (Nach den Vorschriften der entsprechenden älteren Gesetze von 1891 haftete der Schädiger nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, vgl. § 35 Abs. 1 PatGes. von 1891, sowie § 9 Abs. 1 GebrMSchGes. von 1891.)

Der Anspruch aus § 847 BGB. ist durchaus einheitlich. Das ist im Hinblick auf die Tatsache zu betonen, daß in der Praxis gelegentlich der Versuch gemacht wird, den Anspruch in „eigentliches" Schmerzensgeld und angeblichen weiteren immateriellen Schaden zu zerlegen. Diese Aufspaltung des Schadens beruht auf einer Verkennung der Natur des Anspruchs und läßt sich nur dadurch erklären, daß körperliche Schmerzen innerhalb des ideellen Schadens nach § 847 eine mehr „materielle" Wertung erfahren, während die seelischen Schmerzen gewissermaßen erst die eigentliche, die höhere Sphäre des immateriellen Schadens darstellen. Schuld daran ist sicher bis zu einem gewissen Grade auch der Wortgebrauch, denn der Ausdruck „Schmerzensgeld" legt eine solche Aufspaltung nahe, weil man im Zusammenhang mit Körperverletzungen meistens zuerst an die körperlichen Schmerzen denkt. Es ist deshalb nicht gerade ein glücklicher Sprachgebrauch, wenn der Anspruch aus § 847 BGB. im Anschluß an das Gemeine Recht ganz allgemein als Schmerzensgeldanspruch bezeichnet wird, denn er begreift nur eine einzige, wenn auch sehr wesentliche, Anspruchsmöglichkeit in sich. — Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß die amerikanische Rechtsprechung bei derartigen Schadensersatzansprüchen zwischen körperlichen und seelischen Leiden einen Unterschied macht; bei ersteren wird Geldentschädigung geleistet, bei letzteren dann nicht, wenn sie ihren Ursprung in Vertragsbruch oder Vermögensdelikt haben, oder wenn ein sonstiger Schaden fehlt, wohl aber dann, wenn sie in Verbindung mit einem anderen Vermögens- oder körperlichen Schaden stehen, ferner ohne einen solchen bei gewissen vorsätzlichen, gegen die Person gerichteten Delikten; hier ist die Entschädigung für ideellen Schaden ein besonderer Bestandteil der sogenannten compensatory damages (hauptsächlich = Vermögensschadensersatz) [62]).

Die Einheitlichkeit des Anspruchs aus § 847 BGB. ist vor allem bei der Abgrenzung gegenüber Ansprüchen aus den §§ 842, 843 BGB. zu beachten. „Das Schmerzensgeld bildet, als auf besonderen Voraussetzungen

62) S. Schlegelberger, Rechtsvergl. Handwörterbuch S. 120 (Bd. 6).

ruhend, nicht mit den Schadensersatzansprüchen aus den §§ 842, 843 BGB. eine rechtliche Einheit, nicht einen Rechnungsposten des Gesamtschadensersatzes mit Heilungskosten und Rente" [63]). Die Abgrenzung ist oft nur schwer zu treffen. Die §§ 842, 843 enthalten lediglich Folgerungen aus den allgemeinen Grundsätzen über die Durchführung des Schadensausgleichs, bezogen auf die materiellen Schäden [64]). Sind aus demselben schadenstiftenden Ereignis auch immaterielle Nachteile entstanden (insbes. solche, die Ansprüche nach § 847 erzeugen), so bedeutet die an sich vorhandene natürliche Einheit der Entstehung keineswegs auch eine rechtliche Einheit hinsichtlich der Ansprüche. So kann z. B. für die Einbuße der Bewegungsfreiheit eines Gliedes und für künftige Beschwerden Schmerzensgeld zugesprochen werden; es wäre rechtsirrig, anzunehmen, daß die Bedeutung der vor dem Schadenseintritt vorhandenen Bewegungsmöglichkeit sich in ihrer Ausnutzung für eine gewinnbringende Tätigkeit erschöpfe, ihre Herabsetzung demnach lediglich vom vermögensrechtlichen Standpunkte aus (§§ 842, 843) zu würdigen sei. Es ist vielmehr rechtlich zutreffend, wenn diese besondere körperliche Folge des Ereignisses für beide Ansprüche — den Rentenanspruch und den Schmerzensgeldanspruch — in Rechnung gestellt wird [65]). Ebenso ist die Tatsache der nicht mehr vollen Arbeitsfähigkeit sowohl hinsichtlich der Minderung des Arbeitseinkommens wie auch hinsichtlich der seelischen Beeinträchtigung zu berücksichtigen; denn sie wirkt auf einen fleißigen, arbeitsfrohen Menschen niederdrückend, beeinträchtigt seine Lebensfreude und erfüllt ihn mit Sorge um seine und seiner Angehörigen Zukunft. Diese seelischen Schmerzen können nicht nur, sondern müssen sogar bei der Bemessung des Anspruchs auf Entschädigung für den nichtvermögensrechtlichen Schaden in die Waagschale geworfen werden. Eine doppelte Entschädigung für die Beschränkung der Arbeitsfähigkeit infolge des Unfalls od. ä. liegt darin nicht, daß ein Ersatz für die Minderung des Arbeitseinkommens und für die seelische Beeinträchtigung infolge der Schwächung der Arbeitsfähigkeit zugesprochen wird [66]). Die Entscheidung des RG. in RGZ. 76 [175] will nichts Gegenteiliges besagen, sondern vielmehr nur eine klare Abgrenzung zwischen materiellem und immateriellem Schaden verlangen. Wie es sich um zwei vollkommen getrennte Ansprüche handelt, so ist auch getrennt über sie zu entscheiden. Wenn schon aus Gründen der Zweckmäßigkeit im Tenor eine einheitliche Summe zugesprochen werden mag, muß doch wenigstens in den Entscheidungsgründen offengelegt werden, wie sich diese Summe zusammensetzt, vor allem aber, welcher (genau zu bestimmende) Betrag für die eine oder andere Art des

63) RGRK. § 847 Anm. 1.
64) Vgl. Heck, § 147, 2.
65) Warn. 1932 Nr. 83.
66) Recht 1936 Nr. 116.

Schadens eingesetzt worden ist. Jegliche Ungenauigkeit ist hier zu vermeiden, da eine solche u. U. bei späteren Verschlimmerungen der Verletzung od. dgl. einer erneuten Entscheidung im Wege stehen oder die Sachlage in erheblichem Maße verwirren kann. Man denke nur an den Fall, daß eine Verletzung zunächst scheinbar durch ärztliche Behandlung völlig behoben ist, so daß der Schadenstifter lediglich die Heilungskosten und den Verdienstausfall zu ersetzen hätte, während sich nach geraumer Zeit schwere gesundheitliche Schäden zeigen, die z. B. der Urteilsfällung nicht vorhersehbar waren, erweislich aber auf die Verletzung zurückgehen. — Die Grenze zwischen den Grundlagen der Ansprüche aus §§ 842, 843 und 847 BGB. ist zwar häufig sehr fließend, das darf aber keinen Hinderungsgrund bilden, im Urteil eine reinliche Scheidung durchzuführen.

Zur Natur des Anspruchs aus § 847 gehört aber nicht nur, daß er in sich geschlossen ist und nicht lediglich als Anhängsel anderweitiger Ansprüche auftritt, sondern auch, daß er höchstpersönlich ist. Er ist unübertragbar, somit nicht pfändbar (§ 851 ZPO.), nicht verpfändbar (§ 1273 Abs. 2 BGB.), nicht mit einem Nießbrauch belastbar (§ 1069 Abs. 2 BGB.), nicht der Aufrechnung ausgesetzt (§ 394 Abs. 1 BGB.), und er ist nicht Konkursgegenstand (§ 1 Abs. 1 KO.). Ist der Anspruch dagegen vertraglich anerkannt oder rechtshängig geworden, so verwandelt er sich in eine vermögensrechtliche Forderung ohne jede Besonderheit (vgl. § 847 Abs. 1 Satz 2).

Abschließend möchte ich an ein paar Beispielen zeigen, in welcher Höhe die Gerichte Entschädigungen für immaterielle Schäden im Sinne des § 847 zusprechen. Obschon ich nicht verkenne, wie notwendig dabei eine ausführliche Darstellung des jeweiligen Sachverhalts wäre, muß ich im Interesse einer knapperen Ausarbeitung darauf verzichten und mich auf Stichworte beschränken. — An Schmerzensgeld wurden zugesprochen: Für nahezu gänzlich verlorene Sehkraft auf einem Auge (dreizehnjähriges Mädchen) RM. 2000.— (OLG. Zweibrücken 1932); für Verlust von drei Vorderzähnen, von denen zwei bereits schadhaft waren, bei einer Siebzehnjährigen RM. 400.— (OLG. Königsberg 1934); für schwere Verletzung des Oberkiefers und Verlust von sechs Vorderzähnen bei einem jungen Mann RM. 5000.— (OLG. Frankfurt 1935); für Beinamputation oberhalb des Knies, gesunder Mann in den besten Jahren RM. 5000.— (LG. Karlsruhe 1933); für Erblindung auf einem Auge RM. 2000.— (LG. Mosbach); für Gesichtsverletzung eines dreijährigen Kindes durch den Biß eines Wolfshundes und dadurch bedingte bleibende Entstellung RM. 5000 (OLG. Stuttgart 1933); für Beinamputation in der Mitte des Oberschenkels bei einer Dreizehnjährigen RM. 6000.— (OLG. Stuttgart 1930); bei völliger Erblindung beider Augen, Verletzte schon in vorgeschrittenem Alter RM. 10000.— (OLG. Stuttgart, RGZ. 136[61]). Bei geringfügigeren Verletzungen wird Schmerzensgeld zwischen RM. 100.— und RM. 1000.— gewährt. Eine

Zusammenstellung älterer Entscheidungen zu diesem Gebiet ist in Neumanns Zeitschrift für Versicherungswesen 1930 S. 1078 enthalten. — Aus diesen Beispielen läßt sich unschwer erkennen, daß in der Rechtsprechung eine starke Uneinheitlichkeit festzustellen ist, so sehr es an sich auch auf den Einzelfall ankommen mag. Es taucht hier ein Problem auf, welches ganz allgemein für die Frage der Entschädigung bei Nichtvermögensschäden bedeutsam ist, nämlich das eines geeigneten Wertmaßstabs, der eine gewisse Einheitlichkeit gewährleistet. Wenn manche [67]) eine gesetzliche Regelung der Schmerzensgeldhöhe nach dem Vorgang der §§ 112—114, I, 6 ALR. befürworten, so mag dies auf den ersten Blick verlockend erscheinen, kann jedoch nicht über die Schwierigkeit der Fragestellung hinwegtäuschen.

Das „Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten" (ALR.) von 1794 kannte ein Schmerzensgeld bei Körperverletzungen, das aber auf Personen vom Bauern- oder gemeinen Bürgerstand beschränkt war [68]); die Höhe des zu fordernden Betrags war nach dem Grade der ausgestandenen Schmerzen zu bestimmen, doch durfte der doppelte Betrag der notwendigen Kurkosten nicht überschritten werden (§ 113). Dieser Gedanke, daß bei ideeller Schädigung der wirtschaftlich Bessergestellte mit der Geltendmachung von Ansprüchen zurückhalten solle, hat auch bei der Schaffung des BGB. seinen Einfluß bemerkbar gemacht. Man vertrat die Ansicht, „es widerstrebe der herrschenden Volksauffassung, die immateriellen Lebensgüter auf gleiche Linie mit den Vermögensgütern zu stellen und einen idealen Schaden mit Geld aufzuwiegen. Das Bürgerliche Gesetzbuch dürfe diesen zumal in den besseren Volkskreisen vertretenen Anschauungen sich nicht entgegenstellen und das gegenteilige Prinzip einführen. Aus diesem würden nur die schlechteren Elemente Vorteil ziehen, Gewinnsucht, Eigennutz und Begehrlichkeit würden gesteigert und aus unlauteren Motiven zahlreiche schikanöse Prozesse angestrengt werden" [69]). Diese Befürchtungen sind, wie § 847 BGB. in der Praxis gezeigt hat, erheblich übertrieben gewesen. Was das ALR. anlangt, so mag dessen Regelung seinerzeit zu angemessenen Ergebnissen geführt haben, eine ihr ähnliche Normierung kann aber de lege ferenda schon deswegen nicht in Frage kommen, weil dadurch die im Zivilrecht herrschende grundsätzliche Gleichstellung aller Volksgenossen aufgegeben würde zugunsten einer Regelung, die notwendigerweise kasuistisch und infolgedessen für eine so spröde Materie wie den Ausgleich des Nichtvermögensschadens zu wenig elastisch sein müßte.

---

67) So z. B. John in „Die öffentlich-rechtliche Versicherung", 1932, Nr. 22 S. 264.

68) Teil I Titel 6 § 112: „Wegen erlittener Schmerzen können Personen vom Bauern- oder gemeinen Bürgerstand, denen eine Körperverletzung aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden ist, ein billiges Schmerzensgeld fordern."

69) Protokolle S. 1247 = Mugdan II S. 517.

B. Die Verletzung der Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit im einzelnen

1. Das Leben

Nach § 823 Abs. 1 BGB. macht sich u. a. schadensersatzpflichtig, „wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben . . . eines anderen widerrechtlich verletzt", d. h. ihn tötet; dem Getöteten selbst kann ein Schaden nicht mehr entstehen. Diese Vorschrift erhält demzufolge ihren Inhalt erst durch die §§ 844, 845, die auch den mittelbar Verletzten Schadensersatzansprüche geben und demnach eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß nur der unmittelbar Verletzte aus der unerlaubten Handlung ersatzberechtigt ist, darstellen. Die Ansprüche können aus der Verletzung ausschließlich vertraglicher Pflichten, abgesehen von § 618 Abs. 3 BGB., nicht hergeleitet werden. Ausgeschlossen ist eine Ausdehnung der in den §§ 844, 845 hinsichtlich der Art des entstandenen Schadens (Beerdigungskosten, Verlust von Unterhaltsansprüchen und gesetzlichen Ansprüchen auf Dienste) genau bezeichneten Ansprüche, welche die dort erwähnten Personen erheben können, auf andere als vermögensrechtliche Schäden. Ein Schmerzensgeldanspruch kommt niemals in Betracht, mag auch der Schmerz über den Tod eines Angehörigen noch so groß gewesen sein.

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt das englische Recht, das sonst der Entschädigung für ideelle Nachteile günstig gesinnt ist; die Lord Campbells Act von 1846 räumt im Falle der Tötung eines Menschen dem Ehegatten, den Eltern und Kindern des Getöteten zwar einen Schadensersatzanspruch ein — den merkwürdigerweise das common law nicht kannte —, den jedoch die Rechtsprechung auf Vermögensschaden beschränkte. Die französischen Gerichte dagegen sprechen in solchen Fällen Schadensersatz für dommage moral auf Grund der Artikel 1382, 1383 des code civil zu [70]); die Ausdehnung des Wortes dommage in den angezogenen Artikeln auch auf den immateriellen Schaden hat zwar von jeher Gegnerschaft erfahren, ist aber trotzdem die herrschende Ansicht geblieben. Nach schweizerischem Recht kann bei Tötung eines Menschen oder bei Körperverletzung der Richter dem Verletzten bzw. den Angehörigen des Getöteten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen (Art. 47 OR.), als welche regelmäßig die Entschädigung für Nichtvermögensschaden bezeichnet wird [71]).

2. Körper und Gesundheit

Die Idealgüter des Körpers und der Gesundheit sind zivilrechtlich durch die Vorschriften der §§ 823, 847 BGB. geschützt; das Strafrecht begnügt

70) Vgl. Seng im Arch. bürg. R. Bd. 5 S. 336 ff., Fischer, a. a. O. S. 282 Rechtsvergl. Hdwb. S. 118 Anm. 21.

71) Vgl. aa. 47, 49, 60, 61 OR. sowie aa. 28, 93, 151, 153 ZivGB.

sich nicht mit Strafdrohung für den Fall der Verletzung dieser Güter, sondern es sieht ausnahmsweise eine Ersatzpflicht in Form der Buße des § 231 StGB. vor. Hier wie dort begründet schon fahrlässiges Handeln eine Verpflichtung. Körperverletzung im Sinne dieser Bestimmung (231) ist körperliche Mißhandlung sowie Gesundheitsbeschädigung (vgl. § 223 StGB.); beide Begriffe sind umstritten [72]), mit der überwiegenden Meinung wird man aber als Verletzung des Körpers jeden äußeren Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und jede Störung des körperlichen Wohlbefindens, als Gesundheitsbeschädigung die Herbeiführung oder Steigerung einer Störung der inneren Lebensvorgänge bezeichnen können. Welche Tatbestände im einzelnen unter den § 231 fallen, ist ebenso streitig, nicht alle Fälle des 17. Abschnitts des Strafgesetzbuchs gehören dazu; auszuscheiden sind einmal die Fälle der §§ 226, 227/1. Fall (Tod eines Menschen), zweifelhaft ist die Sachlage beim weiteren Tatbestand des § 227 — die h. M. läßt Buße zu, bei § 229 Abs. 1 ist es fraglich, ob Buße zu gewähren ist, man wird indes die Frage nur dann bejahen können, wenn durch die Vergiftung tatsächlich eine Gesundheitsbeschädigung oder Körperverletzung hervorgerufen worden ist [73]). Außerhalb des 17. Abschnitts kommt die Zuerkennung einer Buße in den Fällen der §§ 207, 340 StGB. in Betracht, und ferner dann, wenn eine aus dem 17. Abschnitt strafbare Handlung mit einer außerhalb dieses Abschnitts mit Strafe bedrohten Handlung in Idealkonkurrenz steht, nicht jedoch bei Gesetzeskonkurrenz, sofern die Körperverletzung aufgezehrt wird [74]) (a. A. ist allerdings das RG.). Da alle diese Streitfragen für das bürgerliche Recht belanglos sind, so wird man im Gegensatz zu Staudinger [75]) sagen dürfen, daß die §§ 823, 847 BGB. eine weitere Auslegung gestatten und erfordern als der positiv umgrenzte Begriff der Körperverletzung im Strafrecht.

Kann nun eine Buße gem. § 231 StGB. dem Verletzten auch dann zugesprochen werden, wenn ihm lediglich immaterielle Nachteile allein oder neben vermögensrechtlichen entstanden sind? — Faßt man die Buße als Strafe auf — eine Ansicht, die bereits oben unter A abgelehnt wurde —, dann wird diese Frage gar nicht aufgeworfen, weil der entstandene Schaden und die Person des Geschädigten im Hintergrund bleiben. Anders dagegen, wenn man die Buße als Entschädigung ansieht; in diesem Falle ist die gestellte Frage zu bejahen, denn die Berücksichtigung des Nichtvermögensschadens läßt sich ohne weiteres mit dem Wortlaut der Bestimmung vereinbaren, des weiteren aber auch mit ihrem Sinn, denn gerade der § 231

72) Vgl. Frank, Strafgesetzbuch, Anm. zu § 223.
73) Vgl. Olshausen, Strafgesetzbuch, Anm. 4 zu § 231.
74) So Olshausen a. a. O. Anm. 5.
75) Staudinger § 823, II, A 2: „Der Begriff der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit deckt sich mit dem strafrechtlichen Begriffe der Körperverletzung (StGB. §§ 223 ff.)".

StGB. hat den Anstoß zur Schaffung des § 847 BGB. gegeben, was einwandfrei aus den Motiven hervorgeht [76]).

Der Verletzte hat daher regelmäßig die Wahl zwischen einer zivilrechtlichen Klage nach § 847 BGB. und dem Bußverlangen gemäß § 231 StGB., sofern nicht der Anspruch von vornherein auf eine höhere Summe gerichtet ist, als sie bei der Buße zuerkannt werden kann (RM. 10 000.— als Grenze gem. VO. über Vermögensstrafen und Bußen vom 6. 2. 1924, Art. IV, XIV). Da außerdem die Zuerkennung einer Buße im freien Ermessen des Richters steht (§ 231: „kann ... erkannt werden"), so kann dieser wegen mangelnden Vermögensschadens den Antrag auf Buße zurückweisen; denn darauf, ob nach bürgerlichem Recht ein Entschädigungsanspruch besteht, kommt es ja nicht an. Die Rechtsprechung aber berücksichtigt schon seit langem auch den immateriellen Schaden und hat beispielsweise Buße für Verlust der Zeugungsfähigkeit zugesprochen [77]).

Die Bedeutung der Buße ist heute nur mehr gering, da die Bestimmungen des BGB. hinsichtlich der Art und Weise der Schadensersatzgewährung mehr Möglichkeiten bieten (Wiederherstellung, Schadensersatzleistung in Rentenform i. F. des § 847), wogegen als Buße nur eine einmalige Geldzahlung in Betracht kommt. Weiterhin sind die Aussichten des Geschädigten, einen Ausgleich für die erlittenen Nachteile zu erreichen, nach bürgerlichem Recht insofern umfassender, als hier schon Fälle der Gefährdungshaftung sowie einer leichten, strafrechtlich vielfach unbeachtlichen Fahrlässigkeit eine Verantwortlichkeit des Täters begründen. Zu beachten ist ferner, daß bei Freispruch die Auferlegung einer Buße nicht in Frage kommt, und ebensowenig darf eine Buße zuerkannt werden, wenn der Richter von der Befugnis der §§ 199, 233 StGB. (Kompensation) Gebrauch macht [78]) (im BGB. entspricht dem die Bestimmung des § 254). — Andererseits mögen Fälle denkbar sein, in denen es schwierig wäre, den Schadensnachweis nach bürgerlichem Recht zu erbringen und in denen deshalb die Buße vorzuziehen ist, weil im Strafverfahren ein bis in alle Einzelheiten gehender Nachweis nicht erfordert wird, ja § 231 StGB. gestattet in allen Fällen der Körperverletzung die Zuerkennung einer Buße, ohne daß diese Befugnis davon abhängig gemacht ist, daß der Verletzte nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts einen Entschädigungsanspruch geltend machen kann [79]) oder ob das ausgeschlossen ist. Mitunter wird der Verletzte durch die Geltendmachung seiner Ansprüche im Strafverfahren einen Rechtsstreit über dieselbe Angelegenheit ersparen. Zu beachten ist weiter, daß der Strafrichter in seiner Entscheidung völlig frei ist und eine Entschädigung selbst dann noch zuzusprechen vermag, wenn der Verletzte eine solche bereits im Zivil-

76) Mot. I S. 800 = Mugdan II S. 447.
77) RGStr. 15, 352.
78) Olshausen, § 199 Anm. 11.
79) RGStr. 55, 188.

prozeß erhalten hat, ein Umstand, der aber naturgemäß zu berücksichtigen bleibt. Eine ähnliche Befugnis mangelt dem Zivilrichter, denn er ist an die Vorschrift des § 231 Abs. 2 StGB. gebunden; im übrigen ist er jedoch an das strafrichterliche Urteil in keiner Hinsicht gebunden — § 14 Abs. 2 Ziff. 1 EGZPO. —, was insbesondere dann wichtig ist, wenn der Täter freigesprochen oder dem Bußantrag nicht stattgegeben wird, außerdem bei Kompensation gemäß § 233 StGB., denn die Bestimmungen des StGB. über die Buße geben lediglich eine Anwartschaft, aber keinen Anspruch, und erst die Rechtskraft des auf Buße erkennenden Strafurteils läßt die Anwartschaft zu einem Anspruch erstarken. Das zeigt sich auch darin, daß die Verpflichtung zur Bußezahlung nicht auf die Erben übergeht [80]), woraus indes nicht gefolgert werden darf, die Buße weise nun doch keinen Entschädigungscharakter auf; vielmehr liegt der Ausschluß des Übergangs in dem Umstand begründet, daß die Buße nur im Strafverfahren geltend gemacht werden kann, dieses jedoch beim Tode des Täters und Bußverpflichteten eingestellt wird und gegen die Erben auch nicht begonnen werden kann. Die Bestimmung des § 404 Abs. 4 StPO., wonach die Buße nur vom Geschädigten selbst, nicht von einem Rechtsnachfolger beansprucht werden kann, ist lediglich auf die höchstpersönliche Natur des Anspruchs zurückzuführen. Eine zuerkannte Buße dagegen weist keinerlei Besonderheiten auf, die Beitreibung erfolgt gemäß § 463 StPO. nach den Vorschriften der ZPO.

Die Vorschriften über die Buße werden wahrscheinlich in das künftige Strafgesetzbuch nicht übernommen, sondern dem Strafverfahrensrecht zugewiesen werden, zu dem sie in der Tat, systematisch betrachtet, gehören. „Im Schrifttum zur Erneuerung des deutschen Strafverfahrensrechts wird das Anschlußverfahren überwiegend empfohlen ... Die Denkschrift des Ausschusses für Strafprozeßrecht der Akademie für Deutsches Recht erörtert die Vorteile und Nachteile der Einrichtung, ohne Stellung zu nehmen (Schoetensack-Töwe, Grundfragen des neuen Strafverfahrensrechts, S. 46, 47). Die Denkschrift des NSRB. „Neuordnung des Strafverfahrens" (S. 79 ff.), lehnt das Anschlußverfahren wegen der großen Unterschiede zwischen Strafverfahren und Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ab.

In der Kommission hat sich bei der grundsätzlichen Erörterung nicht eine Stimme dafür erhoben, vom Anschlußverfahren abzusehen" [81]). — Die Denkschrift weist ferner vor allem darauf hin, daß die klare Linie des Strafverfahrensrechtes zerstört werde und das einzelne Verfahren zu starke Verzögerungen erleiden würde [82]). Diesen Bedenken kann m. E. durch Aufnahme einer Bestimmung nach Art des jetzigen § 398 StPO. unschwer

80) Vgl. § 404 Abs. 3 i. V. m. 403 StPO.

81) Graf von Gleispach, „Die Entschädigung des Verletzten" in „Das kommende deutsche Strafverfahren" S. 509 ff. (S. 514).

82) Denkschrift des NSRB. S. 79, XI. Das Adhäsionsverfahren (S. 80).

begegnet werden. Ein anderer Grund spricht jedoch, zumindest was die Nichtvermögensschäden angeht, gegen die Übernahme der Buße in ein neues Straf- bzw. Strafverfahrensrecht: Die Auffassung, jede Entschädigung für ideelle Nachteile sei Privatstrafe, würde neue Nahrung erhalten, denn schon rein äußerlich gesehen legt das Vorhandensein diesbezüglicher Bestimmungen in strafrechtlichen Gesetzen solche Gedanken nahe, was besser vermieden wird.

Der geschichtliche Zusammenhang der strafrechtlichen Buße mit den Privatstrafklagen des römischen Rechts ist allerdings unverkennbar. Auf diese ist deswegen in Kürze einzugehen, wenn auch nur insoweit, als sie hinsichtlich des Ausgleichs ideeller Schädigungen von Bedeutung gewesen sind. Das ist im wesentlichen nur bei der actio iniuriarum aestimatoria der Fall [83]).

Die Verletzung der Persönlichkeit (iniuria) hat im ältesten Recht (zwölf Tafeln) eine durchaus kasuistische Behandlung erfahren, die, abgesehen von zwei Ausnahmen — nämlich dem „Besingen mit bösen Zaubersprüchen" und der öffentlichen Schmähung —, lediglich Tatbestände der Körperverletzung betraf. Im schwersten Falle dieser Art (membrum ruptum) erlaubte das Gesetz dem Verletzten, dem Täter das gleiche Übel zuzufügen (talio); an Stelle der talio konnten die Beteiligten eine Bußzahlung vereinbaren. Bei weniger bedeutenden Verletzungen der Person schloß das Gesetz die talio aus und schrieb feste Geldbußen vor. Die Verfeinerung des Rechtslebens ließ das Bedürfnis nach Abschaffung der talio und nach einer elastischeren Gestaltung der Bußbestimmungen aufkommen, da jedoch eine gesetzliche Neuregelung nicht erfolgte, wurde das alte Recht durch die Gerichtsbarkeit der Prätoren umgestaltet; der Gegenstand des Rechtsschutzes wurde erweitert, das Mittel des Rechtsschutzes wurde den Erfordernissen des Lebens angepaßt. „Das Ergebnis dieser Entwicklung war ein umfassender Schutz der Persönlichkeit, nicht nur gegen tätliche Beleidigung, sondern gegen jede Art der Ehrverletzung" [84]). Die klassische Auffassung versteht unter iniuria jede bewußte Nichtachtung fremder Persönlichkeit. War eine iniuria begangen worden, so gab der Prätor innerhalb eines bestimmten Zeitraums (annus utilis) eine Privatklage auf verhältnismäßige Geldbuße, die actio iniuriarum aestimatoria, welche die starren Bußsätze des Zwölftafelrechts durch eine freie, auf die Umstände des Einzelfalls abhebende Bemessung der Bußbeträge ersetzte. „Nach der Vorschrift des edictum generale mußte der Verletzte die ihm widerfahrene Ehrenkränkung (ebensogut mochte es eine sonstige iniuria sein!) schon bei der Verhandlung vor dem Prätor (in iure) genau bezeichnen und zugleich die

83) Vgl. zu den folgenden Ausführungen Kunkel-Jörs, Römisches Privatrecht, §§ 158, 159 i. V. m. 105, 106.
84) Kunkel-Jörs, § 159 unter 3.

Höhe der von ihm beanspruchten Buße benennen. Beides wurde dann in die Prozeßformel aufgenommen, und die Richter wurden angewiesen, den Beklagten auf den Betrag zu verurteilen, der ihnen angesichts des ermittelten Sachverhalts als ‚recht und billig' (aequum et bonum) erscheinen werde, jedoch nicht über die vom Kläger begehrte Summe hinaus" [85]). Die actio iniuriarum aestimatoria ergänzte also die übrigen Rechtsbehelfe, und mit ihrer Hilfe namentlich begegnete man in Rom den sonst unvermeidlichen sozialen Schäden; ihr Ziel war die Zusprechung der Buße (poena), die grundsätzlich nicht die Wiederherstellung des früheren Zustands (wie der Schadensersatz) bezweckt, sondern eine Bestrafung des Verantwortlichen und eine Genugtuung für den Verletzten, da außerdem die Strafsumme dem Geschädigten anheimfiel, gab sie zugleich Ersatz für nicht genau meßbare und eben deswegen schwer nachweisbare Schäden. Auch die etwa verletzten idealen Interessen konnten auf diese Weise einen Ausgleich erfahren; denn „dem Kläger soll nicht bloß für pekuniäre Verluste, sondern auch für die erfahrene Minderung seines Wohlseins oder Behagens, für verursachte Unannehmlichkeiten, Gemütsaufregungen, Kränkungen usw. ein Ersatz geliefert werden, und zwar nicht etwa durch eine im voraus durch das Gesetz festgesetzte Strafsumme, sondern der Richter hat mit Rücksicht auf die individuellen Verhältnisse nach freiem Ermessen die Ausgleichssumme zu bestimmen, kurz das Geld hatte im römischen Prozeß neben seiner Äquivalent- und Straffunktion auch die Satisfaktionsfunktion" [86]).

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß das römische Recht bei gewissen immateriellen Schäden, wirtschaftlich betrachtet, eine Entschädigung in Geld gewährte. Nichtsdestoweniger hatten die Bußansprüche des klassischen Rechts Strafcharakter, und diese Tatsache beruht letztlich auf dem Ursprung des Deliktsrechts, dem Sühnegedanken: der Täter bot ein Sühnegeld an, um die Rache des Verletzten abzukaufen. —

Das Gemeine Recht übernahm die actio iniuriarum, ließ sie indes schließlich zur völligen Bedeutungslosigkeit herabsinken [86a]). Schuld daran war einmal die Anschauung, daß nur der Vermögensschaden ein Schaden im Rechtssinne sei, und dann das von der historischen Schule aufgestellte Dogma vom Vermögenswert der Obligation. Da aber die actio iniuriarum praktisch zu einer Entschädigung für ideelle Nachteile führte, konnte sie naturgemäß wenig Anklang finden. Nur bei Körperverletzung finden wir eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß ausschließlich der Vermögensschaden zu ersetzen sei: Seit Carpzows Zeiten wird hier ein Schmerzensgeld gewährt (seine Geltung für das Gemeine Recht ist allerdings teilweise

85) Kunkel-Jörs, § 159, 4.
86) Jhering in Jher. Jahrb. Bd. 18 S. 77.
86 a) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandektenrecht II § 455 Anm. 30.

bestritten), welches auf die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. (Artikel 20, 21) zurückgehen soll. Es hat dann auch in die Partikularrechte Eingang gefunden, so in das ALR. von 1794 (§§ 112 ff., 123 ff. I, 6), in das ABGB. von 1811 (§ 1325), und ferner in das Sächsische BGB. von 1863 (§§ 1489, 1490); das letztgenannte Gesetz ist insofern schon fortschrittlicher, als es offenbar beim Schmerzensgeld nicht mehr lediglich die körperlichen Schmerzen berücksichtigt, sondern gleichermaßen die seelischen. Das ergibt sich m. E. aus der folgenden Bemerkung Grützmanns [87]): „Wegen Körperverletzung kann neben dem Ersatz des Vermögensschadens nicht nur, wie schon nach der herrschenden gemeinrechtlichen Praxis, eine Entschädigung für die Schmerzen (Schmerzensgeld) gefordert werden (§ 1489); es gibt außerdem auch eine solche für die erlittene Verstümmelung (§ 1490)." Die Bestimmung des § 1490 SBGB. kann aber nur die Schadloshaltung für den Kummer über eine nicht wiedergutzumachende Körperverletzung im Auge haben. — Beide Ansprüche unterlagen hinsichtlich Übertragbarkeit und Vererblichkeit den gleichen Regeln wie heute die Ansprüche aus den §§ 847, 1300 BGB.

An die Entwicklung des Gemeinen Rechts sowie der Partikularrechte hat schließlich das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871 angeknüpft mit den Vorschriften über die Buße (§§ 188, 231) und hat damit die Verbindung zur actio iniuriarum aufgenommen. Bei diesem geschichtlichen Zusammenhang hat es aber auch sein Bewenden, denn Rechtsprechung und Wissenschaft haben in immer stärkerem Maße den Entschädigungscharakter der Buße betont und ihr überwiegend eine Strafnatur abgesprochen [88]). Das ist auch der Standpunkt der Schöpfer des BGB. gewesen, denn sonst hätten sie angesichts ihrer sicher vorhandenen Abneigung gegenüber den Privatstrafklagen [89]) nicht die Bestimmung des § 847 BGB. gerade im Hinblick auf die Vorschrift des § 231 StGB. geschaffen, was einwandfrei aus den Motiven hervorgeht: „Ausschlaggebend für die Aufnahme der Vorschrift des Abs. 1 — des damaligen § 728 und heutigen § 847 — sind die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs in § 231 über die Buße bei Körperverletzungen. Sie enthalten die Anerkennung, daß besonders für diese Fälle ein Bedürfnis vorliegt, von dem strengen Grundsatz, daß wegen eines anderen als eines Vermögensschadens Entschädigung nicht gefordert werden kann, abzuweichen und ausnahmsweise eine vom Gerichte nach den Umständen des Falles zu bestimmende Geldentschädigung zuzulassen" [90]). Es kann demnach keine Rede davon sein, daß die Buße des

87) Grützmann, Sächs. Privatrecht Bd. 2 S. 183.
88) Vgl. die Ausführungen unter I A S. 25.
89) Das ergibt sich einwandfrei aus den Motiven II S. 752 = Mugdan S. 419 sowie aus den Kommissionsberatungen des Reichstags S. 103 = Mugdan II S. 1297.
90) Mot. I S. 800 = Mugdan II, S. 447.

Strafrechts oder gar der Anspruch nach § 847 BGB. im Wesen noch irgend etwas mit der actio iniuriarum gemein haben.

Im ausländischen Recht hingegen ist noch weitgehend ein pönales Element in der Entschädigung für den Nichtvermögensschaden und deshalb eine Verwandtschaft mit den Privatstrafklagen festzustellen. Das zeigt sich im romanischen und englisch-amerikanischen Rechtskreis daran, daß ganz allgemein im Schadensersatzrecht nicht der Gedanke der Herstellung (Naturalrestitution) und damit der Gedanke des Ausgleichs des Schadens im Vordergrund steht, sondern es wird von vornherein eigentlich nur die Geldentschädigung ins Auge gefaßt — Ausnahmen kennt nur das französische Recht bei Delikt [91]). Der größeren Einfachheit und Sicherheit halber, die der Geldersatz bietet, nimmt man das infolgedessen besonders beim Ersatz des Nichtvermögensschadens vorhandene leicht pönale Element in Kauf. Die französische Rechtsprechung [92]) spricht dem unmittelbar Verletzten für jeden dommage moral, der durch Körperverletzung, Gesundheitsbeschädigung, Kränkung u. dgl. verursacht worden ist, Entschädigung zu und verfährt hierbei sehr großzügig; Umfang und Höhe der Entschädigung bestimmt das freie Ermessen des Richters, der seine Entscheidung ganz auf den Einzelfall abstellt. Keineswegs wird die Entschädigung nur dann gewährt, wenn gleichzeitig ein Vermögensschaden entstanden ist.

Noch stärker tritt uns der Strafgedanke im englisch-amerikanischen Recht entgegen: Der Schadensersatzanspruch knüpft ursprünglich an den Gedanken an, daß für die Rechtsverletzung eine Vergeltung geschuldet wird, so daß eine Entschädigung über den reinen Vermögensschaden hinaus als nichts Besonderes erscheint; aus diesem Grunde sind auch Erörterungen über die Frage des Ersatzes selten. In der Gleichbehandlung von Vermögens- und Nichtvermögensschaden geht das englische Recht wohl unter allen Rechten am weitesten, allerdings nur, soweit er dem unmittelbar Verletzten erwachsen ist (vgl. die obenerwähnte Einschränkung durch Lord Campbells Act!). Das common law hat die Grundsätze über Vergütung des immateriellen Schadens fein ausgebildet und wendet sie in reicher Kasuistik an. Der ideelle Schaden erfährt seinen Ausgleich entweder durch die compensatory damages, die hauptsächlich als Vermögensschadensersatz gedacht sind und z. B. bei Körperverletzung die Heilungskosten u. ä. sowie das eigentliche Schmerzensgeld umfassen, oder durch die exemplary damages, die aber nur im Deliktsrecht verhängt werden können und bei denen der Gedanke der Strafentschädigung überwiegt. Daneben kommen dann noch die nominal damages vor, von denen weiter unten die Rede sein soll.

Das schweizerische Obligationenrecht verordnet in besonders schweren Fällen der Verletzung in den „persönlichen Verhältnissen" allgemein eine

91) Schlegelberger, Rechtsvergl. Handwb. S. 111.
92) Vgl. die eingehenden Nachweisungen bei Seng, a. a. O. S. 336 ff.

Genugtuung (Art. 49); eine gesonderte Regelung ist für die Körperverletzung in Artikel 47 getroffen. Nach dieser Bestimmung kann der Richter dem Verletzten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung, d. h. als Entschädigung für die ideellen Nachteile, zusprechen. Das Schwergewicht der Entscheidung liegt auch hier beim Richter.

Die ausländische Regelung ist für die deutsche Praxis nur beschränkt anzuwenden, da gegen einen Deutschen, der im Ausland eine unerlaubte Handlung begangen hat, nach Artikel 12 EGBGB. keine weitergehenden Ansprüche geltend gemacht werden können, als solche nach den deutschen Gesetzen begründet sind. — Diese Vorschrift schließt also die Möglichkeit aus, eine an sich nach ausländischem Recht gegebene Forderung wegen eines Nichtvermögensschadens gegen einen Deutschen durchzusetzen, sofern sie sich nicht im Rahmen der Vorschriften des BGB. usw. hält. Dieser Artikel wurde auch gerade im Hinblick auf die entgegenkommendere Rechtsprechung Frankreichs aufgenommen.

Anhangsweise soll auf eine Bestimmung der Seemannsordnung hingewiesen werden, die zwar weder dem Tatbestand der Körperverletzung noch dem der Gesundheitsbeschädigung unterzuordnen ist, aber doch dem letzteren immerhin ziemlich nahesteht. Nach § 57 hat der Kapitän in bestimmten Fällen das Recht, die Essensrationen der Schiffsbesatzung zu kürzen, wofür dann aber eine Entschädigung in Geld zu leisten ist, die sich nicht etwa nach dem Wert der nichterhaltenen Mahlzeiten richtet, sondern nach den erlittenen Entbehrungen (Abs. 3: „Dem Schiffsmann gebührt eine den erlittenen Entbehrungen entsprechende Vergütung!").

3. Die Freiheit

Gegen vorsätzliche Angriffe auf das Rechtsgut der Freiheit gewährt das Strafrecht in den §§ 234—241 StGB. Schutz, und in Verbindung mit diesen Vorschriften § 823 Abs. 2 BGB.; eine Erweiterung dieses Schutzes für den Fall fahrlässigen Handels gibt der Abs. 1 des § 823 bei „*Verletzung der Freiheit*", und schließlich dehnt § 847 bei „*Freiheitsentziehung*" die Haftung des Ersatzpflichtigen auf Nichtvermögensschaden aus. Der Begriff der Freiheitsverletzung in § 823 Abs. 1 umfaßt nicht alle Beeinflussungen der freien Selbstbestimmung eines Menschen, zu denen der Handelnde kein besonderes Recht hat, vielmehr ist er auf die Aufhebung der Freiheit durch körperlichen oder geistigen Zwang, Anwendung von Gewalt oder den Willen beugender Drohung zu beschränken [93]). Sieht man als Freiheitsverletzung die Beeinträchtigung lediglich der körperlichen Bewegungsfreiheit, nicht aber der Entschlußfreiheit an — wie z. B. Lehmann bei Enneccerus [94]), so liegt es nahe, die „Entziehung" der Freiheit (§ 847)

93) Vgl. RGRK. § 823 Anm. 7.
94) Enneccerus-Lehmann II § 228 I 2 d.

der „Verletzung" der Freiheit (§ 823) gleichzusetzen. Diese Gleichsetzung ist jedoch deshalb nicht angebracht, weil die ihr zugrunde liegende Auffassung zu eng sein dürfte. Begreift man hingegen unter „Verletzung der Freiheit" alle Eingriffe in die ungestörte Willensbetätigung [95]), dann kann man wiederum nicht behaupten, die Freiheitsentziehung sei identisch mit der Freiheitsverletzung [96]), denn auf diese Weise käme man zu einem überaus umfassenden Schutz dieses Rechtsguts, der zwar an sich erwünscht wäre, niemals aber in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann, der doch im großen und ganzen der Entschädigung für ideelle Nachteile ablehnend gegenüberstand. — Man wird also die Freiheitsentziehung des § 847 als Unterfall der Verletzung der Freiheit im Sinne des § 823 Abs. 1 anzusehen haben, denn sicher ist jedenfalls, daß bei § 823 Abs. 1 jede Beeinträchtigung der (körperlichen) Freiheit (z. B. Absperren eines Teils der Wohnung) genügt, während § 847 Entziehung (Einsperren) verlangt. Im übrigen bedeutet Freiheitsentziehung nicht nur die völlige, sondern auch eine zeitweilige Entziehung der Bewegungsfreiheit (z. B. zu gewissen Tageszeiten) [97]).

Die Zulassung einer Geldentschädigung war im Falle der Freiheitsentziehung deswegen notwendig, weil Herstellung nicht in Betracht kommt, soweit es sich um den Zeitabschnitt vor Beendigung der Freiheitsentziehung handelt, der Nichtvermögensschaden liegt also auch erst dann abgeschlossen vor und ist übersehbar, wenn der Verletzte seine Freiheit wiedererlangt hat. Verwunderlich ist übrigens, daß im StGB. für derartige Fälle keine Buße vorgesehen ist, trotzdem sie hier nicht minder angebracht gewesen wäre als bei Körperverletzung oder Beleidigung.

Dagegen sehen zwei strafverfahrensrechtliche Nebengesetze eine — allerdings recht eingeschränkte — Möglichkeit einer Schadloshaltung im Falle ungerechtfertigter öffentlich-rechtlicher Freiheitsentziehung vor: Das Gesetz, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen (StrHEntschG.) von 1898, und das Gesetz, betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft (UHEntschG.) von 1904. Als Sondergesetze schließen sie die Vorschriften des BGB. über Schadensersatzverpflichtungen aus.

a) Entschädigung für erlittene Untersuchungshaft können Personen verlangen, die im Strafverfahren freigesprochen oder außer Verfolgung gesetzt sind, wenn das Verfahren ihre Unschuld ergeben oder dargetan hat, daß gegen sie ein begründeter Verdacht nicht vorliegt — § 1 Abs. 1 UHEntschG. Den Anspruch haben auch die dem Verhafteten gegenüber Unterhaltsberechtigten — § 1 Abs. 2. Das Gesetz stellt eine Anzahl von Einschränkungen

95) Staudinger [9], § 823 II A 2 c.
96) Staudinger, BGB. § 847 Anm. 3.
97) Enneccerus-Lehmann II § 240 1 a.

hinsichtlich der Geltendmachung des Anspruchs auf, von denen die bedeutsamste die des § 3 Abs. 1 ist, wonach „Gegenstand des dem Verhafteten zu leistenden Ersatzes der für ihn durch die Untersuchungshaft entstandene Vermögensschaden ist", während Abs. 3 einen Höchstbetrag für die Entschädigung festsetzt (RM. 75 000.— als Kapitalbetrag, RM. 4500.— als jährlichen Rentenbetrag). Die letztere Bestimmung wurde erst durch Gesetz vom 24. November 1933 eingefügt.

b) Im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochene oder milder bestrafte Personen können bei erwiesener Unschuld usw., Nichtvorliegen eines begründeten Verdachts Entschädigung verlangen, wenn die Strafe ganz oder zum Teil vollstreckt worden ist — § 1 Abs. 1 StrHEntschG., desgleichen, wenn Maßregeln der Sicherung und Besserung zu Unrecht angeordnet worden waren — § 1 Abs. 2. Zu ersetzen ist der durch die Strafvollstreckung entstandene Vermögensschaden (§ 2 Abs. 1), die Entschädigung ist nach oben in gleicher Weise begrenzt wie beim UHEntschG.

„Der Gesetzgeber hat es also in beiden Fällen abgelehnt, auch den sogenannten immateriellen Schaden zu ersetzen, was namentlich im Falle unschuldig erlittener Freiheitsstrafe wünschenswert gewesen wäre" [98]). Läßt sich eine solche Einschränkung beim UHEntschG. noch zur Not begreifen und vielleicht auch rechtfertigen, so doch niemals beim StrHEntschG. Es spricht aus diesem Gesetz, das durch die Novelle von 1933 gerade im wesentlichsten Punkt nicht geändert wurde, ein wenig fortschrittlicher Geist. Schlechthin unverständlich ist das Fehlen einer Entschädigung für den ideellen Schaden, der doch ungleich größer sein kann als der vermögensrechtliche, wenn er auch — das sei zugegeben — durch die Zahlung eines noch so hohen Geldbetrags meistens nicht wieder gutgemacht werden kann.

Man vermag zugunsten dieser Regelung nicht anzuführen, der Fall, daß ein völlig Unschuldiger eine lange Freiheitsstrafe verbüßt, sei außerordentlich selten, und der Fall, daß das Vorhandensein einer Grenze der Entschädigungspflicht aktuell werde und vielleicht eine Härte darstelle, noch seltener: Gerade aus diesen Gründen bestand gar kein Anlaß zu einer derartigen Regelung, die überdies in den schwersten und daher bedeutsamsten Fällen versagen muß und das Programm des Gesetzes nur unzulänglich verwirklicht oder gar in einen Widersinn verkehrt. In Wahrheit erwächst aus dem Strafanspruch des Staates eine unbedingte Pflicht zur möglichst vollkommenen Wiedergutmachung der durch augenscheinlich fehlsame Handlungen verursachten Schäden. Jeder Verletzte, der kurze Zeit hindurch Schmerzen auszustehen hatte und eine andere Person für die Verletzung haftbar machen kann, erhält Geldentschädigung und damit die Möglichkeit eines Trostes. Nicht so derjenige, der jahrelang im Zuchthaus leben mußte

98) Riecker, Die Entschädigung unschuldig Verhafteter und Bestrafter S. 47; vgl. auch Burlage StrHEntschG. § 2 Anm.

im Bewußtsein, unschuldig zu sein. Seine einzige Genugtuung ist der Freispruch im Wiederaufnahmeverfahren; daß er vielleicht noch jung an Jahren, aber seelisch völlig gebrochen ist, seine Lebensaussichten vernichtet sieht, daß er sich möglicherweise nur mehr eine kümmerliche Existenz aufbauen kann, das alles fällt anscheinend überhaupt nicht ins Gewicht, ja, der Verurteilte hat wahrscheinlich nicht einmal die Aussicht, mit der erhaltenen Vermögensentschädigung auf absehbare Zeit frei von materiellen Sorgen leben zu können. Selbst eine reichliche Bemessung des Ersatzes für den Vermögensschaden (wie sie nach Angabe von Riecker in der Rechtsprechung üblich sein soll) wäre aber kein genügender Ausgleich für den entstandenen Nichtvermögensschaden. Im übrigen ist von einer solchen Bemessung nicht viel zu merken, auch nicht in der Entscheidung des Reichsgerichts, RGZ. 76[106], wo ein durch Urteil des Kriegsgerichts Verurteilter eine zweijährige Gefängnisstrafe verbüßt hatte und im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen worden war. Der beklagte Reichsmilitärfiskus vertrat die Auffassung, von der Entschädigungssumme (= Betrag desjenigen, was Kläger in zwei Jahren hätte verdienen können) sei nicht nur der Wert der Gefängnisverpflegung, sondern der gesamte Betrag, den der Betreffende für seinen Lebensunterhalt in der Freiheit aufgewendet haben würde, abzuziehen. Demgegenüber betonte das RG., daß nur tatsächlich erworbene Vorteile anzurechnen seien, und keine solchen, die erst durch Aufwendungen hätten erworben werden sollen und somit nicht erspart sind. Die vom Beklagten vertretene Auffassung führe zu sonderbaren Ergebnissen, wie namentlich dazu, jeden Schadensersatzanspruch auszuschließen, bloß mit Rücksicht auf die Ersparung von Aufwendungen, die zur Erlangung von Vorteilen materieller wie immaterieller Art gemacht worden wären. — In dieser Entscheidung wird also lediglich einer unsinnigen Gesetzesauslegung entgegengetreten, von einem besonderen Entgegenkommen bei der Festsetzung der Entschädigung ist indessen nicht das geringste zu verspüren. Eine Änderung könnte hier nur der Gesetzgeber schaffen, leider ist dies in der Novelle von 1933 versäumt worden. Aber man sollte damit wahrhaftig nicht zuwarten, bis einmal ein besonders unglücklich gelagerter Fall die erschreckende Unzulänglichkeit der gesetzlichen Regelung offenbart. Mit Recht fordert daher auch Riecker[99]), im Falle der Verbüßung einer Freiheitsstrafe müsse dem Gericht das Recht eingeräumt werden, auch bezüglich des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, nach freiem Ermessen die Höhe der zu leistenden Entschädigung zu bestimmen. Durch eine solche Ermächtigung würde weder das Gemeinschaftsinteresse in Form fiskalischer Interessen gefährdet, da die Verpflichtung zur Entschädigung verhältnismäßig sehr selten in Frage stehen wird und nicht allzu erhebliche Beträge dafür ausgeworfen werden müßten, noch stünde zu befürchten, daß die

99) Rieker, a. a. O. S. 58.

Strafverfolgungsbehörden in der Einleitung von Strafverfahren zu ängstlich würden, was einer straffen Strafrechtspflege abträglich wäre; denn das Wiederaufnahmeverfahren beispielsweise ist doch nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zugelassen und führt auch dann keineswegs regelmäßig zu einem Freispruch oder zu milderer Bestrafung, ohne deren Vorliegen Schadensersatzansprüche gar nicht erhoben werden können. —

Die Gewährung einer Entschädigung für immateriellen Schaden infolge Freiheitsentziehung hat sich im deutschen Recht erst allmählich durchgesetzt. Dem Gemeinen Recht und einigen Partikularrechten war sie überhaupt fremd; die §§ 132, 133, I, 6 ALR. gaben Ersatz bei Freiheitsberaubung, wobei indessen nicht sicher ist, ob dieser Ersatz auch den ideellen Schaden mit umfaßte. Dagegen ist ein typischer Fall der Entschädigung für ideelle Nachteile die sogenannte Sachsenbuße, die aus der Praxis seit dem 16. Jahrhundert stammt (vgl. Gierke, Privatrecht III § 215 S. 960), ins Sächs. BGB. übernommen wurde (§ 1497), und die „eine Vergütung nicht für den Vermögensschaden, sondern für das Unbehagen, welches eine widerrechtliche Freiheitsentziehung verursacht hat“ [100]), darstellt. Der Ersatz des Vermögensschadens geht nebenher [101]). Der Betrag war auf 4 Mark je Tag der Gefangenschaft festgesetzt. Der Ersatzanspruch konnte sich nicht nur gegen Privatpersonen, sondern auch gegen die „Obrigkeit“ richten, weist also insoweit eine gewisse Ähnlichkeit mit dem heutigen UHEntschG. auf.

II. Im Falle der Ehrverletzung

A. Die Ehrverletzung im allgemeinen

1. Vorsätzliche Ehrverletzung

Im Vergleich zu den bisher behandelten Rechtsgütern genießt die Ehre einen weniger umfassenden Schutz, denn dieser beschränkt sich — abgesehen von § 824 BGB. — auf vorsätzliche Ehrenkränkung (§§ 185—187 StGB. i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB.). Bei vorsätzlichen Angriffen auf die Ehre eines anderen kann also der Täter nicht nur strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, sondern er macht sich auch schadensersatzpflichtig. Als Schadensersatz kommt wie sonst auch in erster Linie Herstellung in Betracht, die gerade in diesen Fällen eine erhebliche Bedeutung hat. In Verkennung der Sachlage hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts die sogenannte Unterlassungsklage auf Wiederherstellung entwickelt [102]). In richtiger Erkenntnis dessen, daß die Schadensersatzklagen durch Gewährung eines Anspruchs auf Unterlassung künftiger Störungen

100) Seng im Arch. bürg. R. S. 336 ff. (S. 338).
101) Grützmann, a. a. O. II S. 183.
102) RGRK., Vorbem. 6 vor 823.

ergänzt werden müßten, hat man zunächst die Eigentumsfreiheitsklage (actio negatoria) in entsprechender Anwendung auch im Falle des Eingriffs in ein jedes ausschließliches Recht zugelassen. Man hat dann weiter gesagt, eine Unterlassungsklage könne auch dann erhoben werden, wenn eine durch unerlaubte Handlung bewirkte Rechtsverletzung nicht durch die einmalige Vornahme der Handlung abgeschlossen sei, sondern fortwirke; diese — deliktische — Unterlassungsklage setze die Erfüllung des vollen Tatbestands der unerlaubten Handlung in der Vergangenheit nach der objektiven wie nach der subjektiven Seite als Grundlage des Anspruchs für die Zukunft voraus.

Später ist das Reichsgericht noch einen Schritt weiter gegangen und hat in Ausdehnung der für die erweiterte Eigentumsfreiheitsklage entwickelten Grundsätze den Satz aufgestellt, auch ein nur objektiv rechtswidriger Eingriff in alle vom Recht geschützten Lebensgüter und Interessen nicht dinglichen und ausschließlichen, sondern rein persönlichen Charakters berechtige zur Klage auf Unterlassung (vorbeugende oder quasinegatorische Unterlassungsklage), falls weitere Eingriffe zu befürchten seien. Der Unterlassungsanspruch entspringt hier der widerrechtlichen Störung des allgemeinen Rechtskreises des Beschädigten. „Die quasinegatorische Unterlassungsklage wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Kläger auch auf strafrechtlichem Wege Schutz gegen Zuwiderhandlungen erlangen könnte ... Jeder objektiv rechtswidrige Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Rechtsgut berechtigt ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Handelnden zur Klage auf Unterlassung, wenn Wiederholungsgefahr besteht. Damit wird der in den §§ 12, 862, 1004 BGB. enthaltene Rechtsgedanke, der auch schon auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes, insbesondere des unlauteren Wettbewerbs zur ausdrücklichen Gewährung des Unterlassungsanspruchs, geführt hat, in Anerkennung eines Verkehrsbedürfnisses über den Kreis der absoluten Rechte hinaus ausgedehnt auf den Schutz sonstiger Rechtsgüter gegen Wiederholung rechtswidriger Eingriffe“ [103]). Durch die quasinegatorische Unterlassungsklage ist praktisch die deliktische überholt worden [104]). Es ist daher nicht recht verständlich, daß an dem Begriff der „Unterlassungsklage auf Wiederherstellung“ immer noch festgehalten wird, wenn auch zuweilen mit gewissen Abwandlungen, wie etwa Staudinger [105]): „Mit Recht führt Oertmann [106]) aus, daß unterschieden werden muß, ob die unerlaubte Handlung der Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft angehört. Liegt die unerlaubte Handlung bereits abgeschlossen vor, ohne daß eine Wiederholung zu befürchten ist, so ist für eine Unterlassungsklage kein Raum; ist die unerlaubte Handlung erst für die Zukunft zu befürchten, so ist eine Unterlassungsklage nur insoweit begründet, als sie das Gesetz bei

103) RGZ. 116, 151; 138, 219.
104) Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II § 242 I 2.
105) Staudinger, Vorbem. VII E 2 vor § 823.
106) Oertmann, Vorbem. 4 vor § 823.

drohenden Angriffen gegen absolute Rechte ausdrücklich für zulässig erklärt (§§ 12, 862, 1004 BGB.). Gehört dagegen die unerlaubte Handlung der Gegenwart an (so insbesondere bei Dauerdelikten), so kann allerdings Unterlassung der schädigenden Handlung begehrt werden, jedoch lediglich insofern, als hiermit Wiederherstellung (§ 249 BGB.) begehrt wird. Es kann daher geklagt werden auf Unterlassung ..., aber nur um deswillen, weil die Unterlassung der Störung in solchen Fällen als geeignetes Mittel erscheint, den bereits eingetretenen schädigenden Zustand zu beseitigen und den früheren Zustand wiederherzustellen."

In Wirklichkeit ist die „Unterlassungsklage auf Wiederherstellung" lediglich das Mittelstück des Weges von der Eigentumsfreiheitsklage zur vorbeugenden Unterlassungsklage gewesen und stellt allenfalls eine zweifelhafte Bereicherung der juristischen Begriffswelt dar, denn sie ist nichts anderes als der im Rahmen der Schadensersatzklage gegebene Anspruch auf Wiederherstellung des ohne die schädigende Handlung bestehenden Zustands gem. § 249 BGB. Und daß diese Herstellung zuweilen die Aufhebung oder Beseitigung eines durch die schädigende Handlung erst geschaffenen rechtswidrigen Zustandes anstrebt (wie etwa die Rücknahme von Sperrmaßregeln gegen Gewerbetreibende, Beseitigung von Druckschriften mit schädigenden unwahren Behauptungen, Entfernung eines beleidigenden Aushangs u. dgl.), ist durchaus keine Besonderheit und ist gar keine Unterlassung, die etwa nach § 890 ZPO. erzwungen werden könnte, sondern die Vollstreckung des Anspruchs erfolgt, weil er auf ein Tun gerichtet ist, nach § 888 ZPO. Man wird deshalb den Ausdruck „Unterlassungsklage auf Wiederherstellung" am besten gänzlich vermeiden, um keine Irrtümer aufkommen zu lassen [107]).

Einen Anspruch auf Herstellung kennt aber nicht allein das BGB., vielmehr taucht auch im Strafrecht das Bestreben auf, bereits im Rahmen des Strafverfahrens eine geschehene (Ehr)verletzung wiedergutzumachen, den ideellen Schaden zu „ersetzen", nur eben nicht in Geld, wohl aber im Wege der Herstellung. Eine Auswirkung dieses Gedankens sehen wir in den §§ 200 und 165 StGB., wonach im Falle einer öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Darstellungen oder Abbildungen begangenen Beleidigung sowie der falschen Anschuldigung „... dem Beleidigten (Verletzten) die Befugnis zuzusprechen ist, die Verurteilung auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekannt zu machen". Diese Veröffentlichungsbefugnis hat zwar eine erfolgte Verurteilung zur Voraussetzung (kommt also z. B. bei Straffreierklärung nach § 199 StGB. nicht in Betracht), ist aber nicht Nebenstrafe, sondern Genugtuung [108]). Die frühere Rechtsprechung [109]) sah

107) Ebenso Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 242 I 4 S. 820.
108) DJ. 1938 S. 1687.
109) So insbesondere RGStr. 53, 290.

sie allgemein, aber zu Unrecht, als Strafe an. Dabei ist gerade hier der Nichtstrafcharakter besonders deutlich, denn dem Verurteilten wird ja kein zusätzliches Übel (es sei denn die mittelbare Folge, daß er die Kosten für die Veröffentlichung zu tragen hat) auferlegt, sondern Zweck der Bekanntmachung ist, dem in seiner Ehre Getrauten, und das ist auch der fälschlicherweise Angeschuldigte, gewissermaßen eine öffentliche Ehrenerklärung zuteil werden zu lassen, ihn zu „rehabilitieren". Es liegt demnach ein Fall der Herstellung des früheren Zustands, der „reparatio", vor, die sogar von Amts wegen zu erfolgen hat („ist ... zuzusprechen"). Die Bedeutung der Bekanntmachung ist also die einer ideellen Entschädigung [110]).

Ist Herstellung ausgeschlossen, so kann nur noch Geldersatz in Frage kommen, der indessen auf Vermögensschäden beschränkt ist, was hinsichtlich des BGB. außer Zweifel steht, da die Ehre in § 847 nicht mit aufgeführt ist (die Erwähnung der weiblichen Geschlechtsehre in § 847 Abs. 2 gehört nicht hierher). Ein Schmerzensgeldanspruch ist deswegen selbst dann nicht gegeben, wenn die Ehrenkränkung eine Gesundheitsbeschädigung zur Folge gehabt hat; davon scharf zu scheiden ist der Fall, in welchem eine unerlaubte Handlung sich gleichzeitig gegen die Ehre und gegen die Gesundheit richtet und ein Schmerzensgeld gewährt werden kann, aber lediglich wegen der gegen die Gesundheit gerichteten Handlung und nicht wegen der Ehrverletzung, die ja rein zufällig mit jener zusammentrifft. „Wenn § 847 jetzt eine gegen die Freiheit, den Körper oder die Gesundheit gerichtete unerlaubte, wenn auch nicht notwendig schuldhafte Handlung voraus. Das folgt zwingend aus der Erwägung, daß kaum eine Ehrverletzung nicht auch eine, wenn schon nur vorübergehende Störung des körperlichen und seelischen Wohlbefindens des Verletzten mit sich bringt, bei anderer Gesetzesauslegung daher die bewußte Versagung eines Schmerzensgeldanspruchs bei Ehrverletzung jede Bedeutung verlöre" [111]). Es genügt also ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Handlungsweise des Schädigers und der Gesundheitsbeschädigung für sich allein zur Anwendung des § 847 noch nicht, sondern der Vorsatz des Täters muß auf die Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sich richten, denn andernfalls würde das Schmerzensgeld in Wirklichkeit eine Folge der Ehrverletzung sein [112]).

Manche [113]) sehen nun in der Buße des § 188 StGB. ein Mittel, um zu einer Geldentschädigung bei Ehrverletzung zu gelangen. Eine Buße kommt regelmäßig nur in den Fällen schwerer Angriffe auf die Ehre — üble Nachrede (§ 186) und Verleumdung (§ 187) — in Betracht, bei Be-

110) Wie hier: Frank, a. a. O. § 200 I; Olshausen § 200 Anm. 4 („Privatgenugtuung").
111) RGZ. 140, 395.
112) Vgl. RGZ. 149, 165; 142, 116; JW. 1932 S. 2858 = RGZ. 140, 393.
113) Olshausen § 188 Anm. 15; Späth, a. a. O. S. 113/114; Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Reichsstrafgesetzbuch, § 188 Anm. 2 b.

leidigung i. S. des § 185 StGB. nur dann, wenn sie eine tätliche war und wenn sich der äußere Tatbestand der Beleidigung mit dem der Körperverletzung deckt, mithin Idealkonkurrenz vorliegt, falls der Täter gleichzeitig das Bewußtsein hatte, einen anderen körperlich zu mißhandeln und dadurch den Eindruck der Mißachtung zu erwecken; die Buße wird dann allerdings auf Grund des § 231 StGB. zuerkannt. — § 188 StGB. gestattet die Zuerkennung einer Buße nur, wenn die Beleidigung nachteilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt; nur bei letzterem könnte man daran denken, daß darunter auch ideelle Nachteile zu begreifen wären. Diese Annahme ist jedoch m. E. durch nichts gerechtfertigt, vielmehr ist dem Wort „Fortkommen" hier derselbe Sinn beizulegen wie in den §§ 824, 842 BGB., also ein ausschließlich wirtschaftlicher, wobei die Tatsache, daß das BGB. das jüngere Gesetz ist, außer Betracht bleiben kann. Diese Anschauungsweise dürfte auch im Hinblick auf § 200 StGB. geboten sein, weil durch diese Vorschrift der Ersatz für immateriellen Schaden, soweit er dem Gesetzgeber bei Ehrverletzungen als möglich und zweckmäßig erschien, festgelegt ist. Denn auch das StGB. geht von dem später, bei Schaffung des BGB., wieder in Erscheinung tretenden Gedanken aus, eine Ehrverletzung sei keinesfalls durch eine Geldzahlung wiedergutzumachen, vom Prinzip des § 253 eine Ausnahme bei Beleidigungen zu machen, könne nicht als angemessen erachtet werden, weil es sachlich die Wiedereinführung der actio iniuriarum bedeuten würde [114]); einer Rückkehr zum längst überwundenen Recht der Privatstrafklagen wegen Beleidigung müsse entschieden widersprochen werden, und es sei nach der allgemeinen Volksansicht nicht ehrenvoll, sich Beleidigungen durch Geld abkaufen zu lassen [115]). — Es ist somit daran festzuhalten, daß aus § 188 ein Anspruch auf Ersatz von Nichtvermögensschäden nicht hergeleitet werden darf.

2. Fahrlässige Ehrverletzung

Die einzige Bestimmung, die bei fahrlässiger Ehrverletzung eine Schadensersatzpflicht verordnet, ist die des § 824 BGB. Der Tatbestand setzt ein Verschulden des Täters voraus, nicht unbedingt Vorsatz — denn bei dessen Vorhandensein kann schon § 823 Abs. 2 i. V. m. §§ 186, 187 StGB. oder § 826 BGB. Anwendung finden, so daß § 824 BGB. überflüssig wäre —, mindestens aber Fahrlässigkeit. Gegenstand des Schutzes ist eigentlich nicht die Ehre selbst, sondern Kredit, Erwerb oder Fortkommen des Betroffenen, also lediglich vermögensrechtliche Güter.

Ob sonst (außerhalb des § 824) fahrlässige Ehrenkränkung eine Ersatzpflicht begründet, ist umstritten. Geldentschädigung steht im allgemeinen

114) Mot. II S. 752 = Mugdan S. 419.
115) Komm.-Ber. S. 103 = Mugdan S. 129.

schon deswegen nicht in Frage, weil die Vermögensbeschädigung fast immer unter den Tatbestand des § 824 BGB. zu bringen sein wird, dagegen kann die Herstellung für den Verletzten von Bedeutung sein. Diese Möglichkeit läßt sich nur dadurch schaffen, daß man entweder die Schutzform des subjektiven Rechts auch für die Ehre bejaht oder daß man den Schutz der im § 823 Abs. 1 aufgezählten Rechtsgüter in entsprechender Anwendung auch der Ehre angedeihen läßt; die letztere Auffassung ist m. E. zu bevorzugen, denn die Ersatzpflicht (wenigstens in Form der Herstellung) überhaupt abzulehnen, ist abwegig und in keiner Weise zu rechtfertigen. Die herrschende Lehre allerdings will der Ehre den Schutz des § 823 Abs. 1 nicht angedeihen lassen[116]); der absolute und generelle Rechtsschutz bedürfe wegen seiner weitgreifenden Wirkung einer deutlichen und bestimmten Ausprägung seines Inhalts und Umfangs, wie sie bei der dinglichen Rechtsherrschaft durch weitgehende Offenkundigkeit und bei den vier in § 823 Abs. 1 genannten Lebensgütern durch sinnfällige Verkörperung gewährleistet sei; die letzteren bezogen sich unmittelbar auf den Körper, eine entsprechende Anwendung auf rein geistige Lebensgüter, wie z. B. die Ehre, entspreche nicht der Absicht des Gesetzes[117]). Nun kann aber diese Absicht des Gesetzes niemals zur Versagung des Rechtsschutzes ausreichen, weiter muß man fragen, ob z. B. bei Gesundheit und Freiheit wirklich noch von einer „sinnfälligen Verkörperung" gesprochen werden kann oder ob hier nicht schon ein Übergang zu den „rein geistigen Lebensgütern" anzunehmen ist. Aus den zahlreichen, den Schutz der Ehre bezweckenden gesetzlichen Bestimmungen dürfte sich die Berechtigung herleiten lassen, die Ehre als bedeutsames und durchaus umgrenzbares Lebensgut der umfassenden Schutznorm des § 823 Abs. 1 zu unterstellen[118]). —

Im Gegensatz zum deutschen Recht kennen die meisten ausländischen Rechte bei Ehrverletzung (ob vorsätzlicher oder fahrlässiger, ist gleichgültig) einen Anspruch auf Geldentschädigung; diese Einstellung hängt mit der früher schon erwähnten, leicht pönalen Natur dieser Entschädigung zusammen, welche ja auch bei der actio iniuriarum festzustellen ist. Teilweise, so im französischen und englischen Recht, kommt der Geltendmachung von Ansprüchen auf Ersatz des Nichtvermögensschadens allerdings die Rolle einer Feststellungsklage zu: Der Kläger klagt auf Schadensersatz, z. B. in Höhe von einem Franc, denn es kommt ihm lediglich darauf an, daß durch ein gerichtliches Urteil die Rechtswidrigkeit des gegen ihn erfolgten Angriffs festgestellt wird, während es für sein feineres Empfinden peinlich sein müßte, eine höhere Geldsumme für das verletzte Idealgut zu fordern. Im

116) Planck-Siber, § 823 B II 1 f.; Staudinger[9], § 823 II A 2 c γ; Enneccerus-Nipperdey[13] § 93 V 1.

117) Enneccerus-Lehmann, § 227, 2 c; § 228, I 2 e.

118) Im Ergebnis ebenso, aber mit anderer Begründung: Heck, Schuldrecht § 149, 3.

englischen Recht sind dies die **nominal damages**, deren Höhe sich auf 1 bis 4 Schillinge bemißt [119]). — Auch nach schweizerischem Recht kann bei Beleidigung eine Genugtuung zugesprochen werden (Art. 49 OR.).

B. Die Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre

Denkbar ist hier nur vorsätzliche Begehung. Die Schadensersatzpflicht entsteht einmal auf Grund des § 823 Abs. 2 BGB. i. V. m. §§ 174, 176, 177, 179, 182 StGB. sowie auf Grund des § 825 BGB., der eine Erweiterung des in den vorgenannten Bestimmungen enthaltenen Schutzes bringt. Der Ausgleich des verursachten Schadens im Wege der Herstellung ist unmöglich, für den Vermögensschaden ist demnach Geldersatz zu leisten, und ebenso erfährt der Nichtvermögensschaden durch Gewährung einer Geldentschädigung Berücksichtigung (§ 847 Abs. 2). Alle oben aufgeführten Tatbestände fallen unter diese Bestimmung. Der Anspruch folgt im einzelnen den unter I A dieses Teils entwickelten Grundsätzen.

Die Aufnahme der Vorschrift des § 847 Abs. 2 ins BGB., die nicht in Einklang mit der sonst festzustellenden strikten Ablehnung einer Geldentschädigung bei Ehrenkränkungen zu bringen ist, hat ohne Zweifel historische Gründe. Im Gemeinen Recht [120]) war gewohnheitsrechtlich die sogenannte Defloration sklage, die übrigens dem kanonischen Recht entstammt, zugelassen, die bei Verführung einer Jungfrau oder Witwe eine Dotationspflicht für den Fall erzeugte, daß der Verführer die Heirat ablehnte; die Dotation enthielt zugleich eine Entschädigung für die eingetretene Ehrenminderung der Verführten. Das ALR. dagegen kannte eine Defloration sklage nicht, es gewährte nur bei stattgehabter Schwängerung einen Ersatzanspruch (§§ 1015, 1032, II, 1). Im Sächs. BGB. § 1551 ist der Anspruch aus außerehelichem Beischlaf nicht wie im Gemeinen Recht davon abhängig, daß der Täter der Verführer sei, auch geht der Anspruch nicht auf Ausstattung (Dotation), sondern auf Entschädigung für die erlittene außereheliche Schwächung schlechthin, also nicht für die Erschwerung der Verheiratung. Das ABGB. läßt nur den Vermögensschaden ersetzt werden (§ 1328), wiewohl eine Mindermeinung auf Grund des §§ 1323, 1324 ganz allgemein eine Entschädigung für Nichtvermögensschaden zulassen will [121]).

Von dem Anspruch aus § 847 Abs. 2 zu trennen ist der des § 1300 BGB., beide Bestimmungen haben nur das eine gemeinsam, daß ein ideeller Schaden vorhanden ist, der in Geld ersetzt werden muß. Die Grundlage des Anspruchs aus § 1300 ist nicht die Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre (wie in § 847 Abs. 2), sondern die Tatsache des stattgehabten Geschlechtsverkehrs und der Rücktritt des Verlobten ohne wichtigen Grund

119) Schlegelberger, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch VI S. 119, 120.
120) Vgl. Windscheid-Kipp II § 493 Anm. 7.
121) Vgl. Klang, Kommentar zum ABGB., § 1323, Anm. II, 1 und 2.

oder die schuldhafte Verursachung des Rücktritts des Verlobten nach §§ 1298, 1299, nicht etwa die des Treubruchs. Die Bemessung der „billigen Entschädigung" nach § 1300 dürfte sich deshalb nicht entsprechend den zu § 847 entwickelten Grundsätzen vollziehen, denn die Sachlage ist insofern eine völlig andere, als Schädiger und Geschädigte durch einen familienrechtlichen Vertrag (als der n. r. A. das Verlöbnis anzusehen ist) verbunden waren und somit in einem andersgearteten Verhältnisse zueinander stehen als Personen im Falle des § 847 Abs. 2. Dem Schadensersatzrecht ist der Gedanke der Abhängigkeit der Höhe der Forderung von der Leistungsfähigkeit des Schuldners fremd, im Familienrecht dagegen liegen die Dinge ganz anders, wie ein Blick auf die Bestimmungen über den Unterhaltsanspruch zeigt. Deshalb ist auch nach anderen Gesichtspunkten als den oben zu § 847 dargelegten zu beurteilen, wie der Begriff der billigen Entschädigung in § 1300 auszulegen ist und welche Rolle hier die Lebensstellung und die wirtschaftlichen Verhältnisse beider Parteien spielen.

III. Im Falle der Verletzung des sogenanten „geistigen Eigentums" (Immaterialgüterrechte)

Ein allgemeines, die gesamte Betätigung, Erhaltung und Bezeichnung der Individualität umfassendes Persönlichkeitsrecht, wie es z. B. in Artikel 28 Schweiz. Ziv.-Gesetzbuch[122]) enthalten ist, hat im BGB. keine Anerkennung gefunden. Zwar wollen manche[123]) eine mittelbare Anerkennung aus der Tatsache herleiten, daß das Gesetz das Interesse an der Unversehrtheit der eigenen Person nach verschiedenen Angriffsflächen hin in § 823 Abs. 1 BGB. mit dem Eigentum und den sonstigen absoluten Rechten zusammen aufgezählt und auf eine Stufe gestellt habe, also aus dem Kreise der bloß mittelbar geschützten Rechtsgüter des § 823 Abs. 2 heraushebe. Allein schon die Bezeichnung „Persönlichkeitsrecht" wie auch die Auffassung, daß es sich bei Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit um Rechte handle, erscheint als bedenklich, richtiger Ansicht nach sind es Lebensgüter, die mit der Persönlichkeit verbunden sind und den allgemeinen Rechtskreis der Person umschreiben, der von jedermann geachtet werden muß[124]). Unter dem „sonstigen Recht" i. S. des § 823 Abs. 1 ist demnach nicht an dieses oder jenes Persönlichkeitsgut zu denken, das auf diese Weise die Stellung eines subjektiven Rechts erlangen würde. Vielmehr ist dem Reichsgericht beizutreten, welches sagt: „Ein allgemeines subjek-

122) Dieser lautet: „Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen. Eine Klage auf Schadensersatz oder auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung ist nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen zulässig."

123) Vgl. statt aller Staudinger, Anm. II A 2e zu § 823.

124) RGRK. § 823 Anm. 9.

tives Persönlichkeitsrecht ist dem geltenden bürgerlichen Recht fremd. Es gibt nur besondere, gesetzlich geregelte Persönlichkeitsrechte, wie das Namensrecht, das Warenzeichenrecht, das Recht am eigenen Bilde, die persönlichkeitsrechtlichen Bestandteile des Urheberrechts" [125]). In den verschiedenen Gesetzen nun, die dem Schutz des sog. „geistigen Eigentums" dienen, hat der Gedanke des Schutzes der immateriellen Lebensgüter den umfassendsten Niederschlag gefunden.

Unter Urheberrecht im weitesten Sinne ist zu verstehen das ausschließliche subjektive Recht einer Person, über eine eigene geistige Schöpfung in bestimmter gesetzlich geregelter Weise zu verfügen. Der Begriff der geistigen Schöpfung steht im Gegensatz zu dem der bloßen Entdeckung, die reine Wissenschaft, und nicht, wie z. B. die Erfindung, angewandte Wissenschaft ist. Nach der in Deutschland herrschenden Theorie handelt es sich beim Urheberrecht um ein einheitliches Recht gemischten Inhalts, d. h. persönen- und vermögensrechtlicher Schutz sind gemischt, die gesetzlichen Bestimmungen enthalten sowohl persönenrechtliche als auch vermögensrechtliche Bestandteile. Das liegt in der Natur dieser Erscheinung des Rechtslebens begründet, indem nämlich die Urheberrechte vom Gesetz als vermögenswerte Rechte anerkannt, oder, besser gesagt, mit dieser Eigenschaft ausgestattet worden sind, während sie andererseits zufolge ihrer Entstehung durch rein geistige Tätigkeit eine ausgeprägte ideelle und damit persönliche Note tragen. Denn ihrem Ursprung nach sind die geistigen Schöpfungen immateriell, sie finden jedoch ihren sichtbaren Ausdruck und gleichzeitig ihre Umgrenzung alsbald in der Erscheinungsform, in der sie auftreten, wie Bildwerk, Buch, Modell usw., und deswegen war es auch möglich, ihnen vermögensrechtlichen Charakter beizulegen im Gegensatz zu sonstigen immateriellen Lebensgütern, die viel schwieriger faßbar sind. Durch die „Urhebung" wird etwas vorher nicht Dagewesenes existent, bei anderen immateriellen Gütern, wie Lebensfreude, Kunstgenuß, Freude an der Natur u. a. m., sind die Substrate des immateriellen Guts dagegen bereits in der Außenwelt vorhanden, und an dieselben knüpft das immaterielle Gut an, ja es ist mit ihnen aufs engste verbunden und stellt gewissermaßen nur ihren Reflex auf das Innenleben des Menschen dar, nicht aber eine irgendwie festumgrenzte Erscheinung der sinnlich wahrnehmbaren Umwelt. — Man kann nun unterscheiden zwischen dem Urheberrecht im engeren Sinn (dem geistigen Urheberrecht) und dem gewerblichen Urheberrecht, je nachdem ob die individuelle Formgestaltung eines Gedankeninhalts, eine ästhetische Idee, oder die Lösung einer technischen Aufgabe unter Erzielung eines mehr oder minder großen technischen Fortschritts, eine technische Idee, vorliegt. Während nun auf Grund der technischen Idee wirtschaftliche Werte geschaffen werden, also

---

125) RGZ. 69, 403; ebenso 113, 414; zu vgl. ferner Planck-Siber, § 823 B II, 1 f.

Güter, denen neben dem Tauschwert auch ein diesem ungefähr entsprechender Gebrauchswert zukommt, entstehen aus der „geistigen" Schöpfung (der Ausdruck ist nicht glücklich und nur aus dem Gegensatz zur „technischen" Schöpfung heraus verständlich) wiederum nur immaterielle Güter, kulturelle Werte, die wohl einen Tauschwert, aber kaum einen Gebrauchswert haben. Leinwand und Ölfarbe, die zur Herstellung eines Gemäldes Verwendung finden, haben schon vorher einen ziemlich unbedeutenden wirtschaftlichen (Gebrauchs)wert, nach der Verwendung sinkt dieser noch mehr und kann dann ruhig völlig unberücksichtigt bleiben. Der Wert des Gemäldes liegt also ausschließlich auf ideellem Gebiet, d. h. er ist ein künstlerischer. Der Ankauf eines Gemäldes, eines Buches dient lediglich als Mittel, um sich den Genuß des Betrachtens oder Lesens zu verschaffen und dauernd zu sichern, der Vermögenswert verdankt seine Entstehung nicht dem Bild oder Buch als solchem, sondern den durch diese hervorgerufenen Empfindungen. Es liegt eine Weitergabe ideeller Güter vor, die durch Mittel körperlicher Art wie Bild oder Buch erfolgen muß.

Entsprechend der Aufteilung in geistiges und gewerbliches Urheberrecht vollzieht sich die Zuordnung der Schutzgesetze: Auf der einen Seite steht das Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst (LitUrhG.) von 1901, und das Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (KunstUrhG.) von 1907, auf der anderen das Patentgesetz (PatG.) von 1936, das Gebrauchsmustergesetz (GebrMG.) von 1936, sowie das Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen („Geschmacksmustergesetz", GeschmMG.) von 1876; letzteres kann man teilweise auch unter die erste Kategorie einreihen. Eine völlig klare Scheidung ist allerdings nicht möglich, denn die Grenzen sind fließend, und die für den Gesetzgeber maßgebenden Gesichtspunkte sind vielfach anderer Art als die obengenannten.

Nach dem Ausgeführten ist die Verletzung eines Urheberrechts regelmäßig die Verletzung eines Vermögensrechts wie zugleich eines ideellen Rechtsguts, es tritt also in enger Verbindung Vermögens- und Nichtvermögensschaden ein. So verschieden nun das Recht zur wirtschaftlichen Nutzbarmachung des immateriellen Guts im einzelnen gestaltet ist, so besteht doch hinsichtlich der Regelung des Schadensersatzes usw. bei Rechtsverletzungen unter sämtlichen angeführten Gesetzen in den Grundzügen Übereinstimmung, die Abweichungen sind jeweils auf die ungleichartige Natur des geschützten Guts zurückzuführen. Wir finden hier alle zuvor schon besprochenen Möglichkeiten des Schadensausgleichs wieder, nämlich den Schadensersatz in der Form der Herstellung und der Geldentschädigung, die Unterlassungsklage, die Buße, die Bekanntmachungsbefugnis. Ausgangspunkt der gesetzlichen Regelung ist auch hier wieder der Vermögensschaden. Nur deshalb, weil es sich bei den in Frage stehenden Vermögensrechten um Rechte von ursprünglich immateriellem Wesen handelt, scheint es bei flüch-

tiger Betrachtung so, als ob im Verletzungsfalle auch der ideelle Schaden in Geld ersetzt würde; dies jedoch nur deshalb, weil, wie gesagt, in der Mehrzahl der Fälle immaterielle Schädigung und Vermögensbeschädigung zusammenfallen, da eben das Gesetz ausnahmsweise dieser immateriellen Erscheinung seinen Schutz leiht, indem es ihre Auswertung sicherstellt und ihr dadurch vermögensrechtlichen Charakter zuspricht. Dies zeigt sich deutlich beim PatG., GebrMG., GeschmMG., die den Schutz nur dann eintreten lassen, wenn Eintragung in die Rolle erfolgt ist; der Einschnitt wird also erst gemacht, wenn der Erfinder usw. durch Stellung eines Antrags auf Eintragung ein Interesse an der wirtschaftlichen Nutzbarmachung bekundet, d. h. ein Vermögensinteresse. Vor diesem Zeitpunkt besteht demnach für das immaterielle Gut der Erfindung usf. praktisch jedenfalls kein Schutz.

Anders liegen die Dinge beim LitUrhG. und beim KunstUrhG. Hier setzt der Schutz bereits im frühesten für die Außenwelt erkennbaren Zeitpunkt ein, nämlich unmittelbar dann, wenn die schöpferische Idee ihren Niederschlag gefunden hat, so daß sie von einem anderen ohne weiteres übernommen werden könnte; dabei ist es belanglos, ob die „Verkörperung" der Idee der Öffentlichkeit zugänglich ist oder nicht. „Den Schutz (des Urhebers) genießen die Reichsangehörigen für alle ihre Werke, gleichviel ob diese erschienen sind oder nicht" [126]). Darunter können auch Werke fallen, die einer wirtschaftlichen Verwertung nicht oder nur schwer fähig sind, oder an deren vermögensrechtlicher Ausnutzung dem Urheber bzw. dem an seiner Stelle Berechtigten aus persönlichen Gründen gar nichts liegt. Bringt nun ein anderer dennoch beispielsweise ein Schriftstück unbefugt in Druck, so könnte man ohne weiteres sagen, es sei ein Vermögensschaden nicht entstanden, da der Berechtigte sowieso nicht zur vermögensrechtlichen Auswertung geschritten wäre; zweifellos aber kann ein erheblicher immaterieller Schaden angerichtet worden sein (das Tagebuch eines Vorfahren, das von Allgemeininteresse ist, aber aus familiären Gründen geheim bleiben soll, wird veröffentlicht, u. dgl.). Für diesen Schaden wird kein Geldersatz geleistet — es sei denn im Wege der Buße, die aber nur bei Bestrafung wegen vorsätzlichen Handels in Betracht kommt —, das Gesetz gibt lediglich in kasuistischer Regelung eine Ausdeutung des Schadensersatzrechts des BGB., nämlich einen Anspruch auf Vernichtung der widerrechtlich hergestellten oder verbreiteten Exemplare u. a. m. auch ohne Verschulden (§ 42 LitUrhG., § 37 KunstUrhG.), d. i. einen Anspruch auf Herstellung. Der etwaige wirtschaftliche Widersinn einer Vernichtung kann aufgehoben werden durch das in den §§ 43 LitUrhG., 38 KunstUrhG. festgelegte Übernahmerecht des Verletzten. Daß mit dieser Herstellung der immaterielle Schaden ausgeglichen werden kann, erhellt daraus, daß die erwähnten An-

126) § 51 Abs. 1 KunstUrhG., § 54 LitUrhG.

sprüche auf Vernichtung oder Übernahme selbständig verfolgt werden können, also unabhängig von vermögensrechtlichen Schadensersatzansprüchen, die für ihre Erhebung nicht Voraussetzung sind [127]). Außerdem aber kann der Anspruch auf Entschädigung für ideellen Schaden bei der Zusprechung einer Buße Berücksichtigung erfahren. Ein Anspruch auf Buße ist in sämtlichen angezogenen Gesetzen vorgesehen (vgl. §§ 50 PatG., 17 GebrMG., 14 GeschmGM., 40 LitUrhG., 35 KunstUrhG.), die Bestimmungen hierüber schließen sich z. T. wortgetreu an die des Strafgesetzbuchs an, wie dort, so ist auch hier Voraussetzung die Verhängung einer Geld- oder Freiheitsstrafe, die aber ihrerseits, und das ist nun anders, stets nur bei vorsätzlichen Zuwiderhandlungen ausgesprochen werden darf [128]). Der reine Entschädigungscharakter der Buße ist völlig offensichtlich, man lese nur statt aller den § 50 PatG.: „Statt jeder aus diesem Gesetz entspringenden Entschädigung kann auf Verlangen des Geschädigten neben der Strafe auf eine an ihn zu erlegende Buße erkannt werden." Die Buße ist demnach eine Art von Pauschalabfindung für die Gesamtheit aller sonstigen Ansprüche auf Schadloshaltung, denn weitere Entschädigungsansprüche sind ebenso wie im StGB. ausgeschlossen. Wenn bei dieser Buße der immaterielle Schaden nur bei vorsätzlichem Handeln in Ansatz kommt, so kann das im Hinblick darauf, daß nach den früheren Ausführungen das Verschulden beim Ersatz immateriellen Schadens eine Rolle spielen soll, als genügend angesehen werden, zumal bei fahrlässigem Tun die anderweitigen Behelfe ausreichen, auch was den Ausgleich der durch die Verletzung hervorgerufenen seelischen Verstimmung angeht.

Ebenfalls an das StGB. lehnt sich die Bekanntmachungsbefugnis in den §§ 49 Abs. 3 PatG., 16 GebrMG. an; sie hängt — abgesehen vom Strafausspruch — davon ab, daß der Verletzte ein berechtigtes Interesse dartut, in welchem Falle sie zuzusprechen ist. Das zu den §§ 165, 200 StGB. Gesagte gilt hier entsprechend.

Eine weitere wichtige Form der Verteidigung gegen künftig drohende Rechtsschäden ist die Unterlassungsklage, die in den unter dem 5. Mai 1936 neugefaßten Gesetzen (§ 47 PatG., § 15 GebrMG.) ausdrücklich zugelassen, sonst aber gewohnheitsrechtlich gegeben ist.

Beachtenswert ist die schon früher einmal berührte Tatsache, daß bei zwei der neugefaßten Gesetze das Bestreben erkennbar ist, den Grad des Verschuldens des Täters zu berücksichtigen. In § 47 Abs. 2 PatG. heißt es nämlich: „Wer die Handlung (widerrechtliche Benutzung einer Erfindung) vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt, ist dem Verletzten zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Fällt dem Verletzer nur leichte Fahrlässigkeit zur Last, so kann das Gericht statt des Schadensersatzes eine

127) Vgl. §§ 43 Abs. 2, 44 KunstUrhG., 47 Abs. 2, 48 LitUrhG.
128) Vgl. §§ 50 PatG., 17 GebrMG., 35 KunstUrhG., 40 LitUrhG.

Entschädigung festsetzen, die in den Grenzen zwischen dem Schaden des Verletzten und dem Vorteil bleibt, der dem Verletzer erwachsen ist" [129]). Im früheren § 35 Abs. 1 PatG. (§ 9 Abs. 1 GebrMG.) war Voraussetzung der Entschädigungspflicht nach der subjektiven Seite, daß der Täter wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit gehandelt hatte, leichtfahrlässiges Handeln begründete mithin eine zivilrechtliche Haftung nicht (und erst recht nicht eine strafrechtliche). Jetzt gilt zivilrechtlich allgemein der Grundsatz der Verschuldenshaftung, aber mit der erwähnten, dem Schädiger günstigen Ausnahme. Bedeutsam ist jedenfalls, daß hier bei der Haftung für Vermögensschaden erstmalig dem Grad des Verschuldens Gewicht beigelegt wird. Was aber für den Vermögensschaden gilt, muß in gleichem, ja eigentlich beim Verschulden in noch höherem Maße auf den Nichtvermögensschaden Anwendung finden.

In diesem Zusammenhang soll abschließend eines reinen Persönlichkeitsrechts gedacht werden, des Rechts am eigenen Bilde. Es ist in den §§ 22 ff. KunstUrhG. enthalten, eine systematische Stellung, die als verfehlt zu bezeichnen ist. Immerhin bietet § 22 KunstUrhG. die Grundlage für die Annahme eines Persönlichkeitsrechts, während § 12 BGB. als solche ausscheidet [130]). Eine Gegenmeinung, die insbesondere von Planck-Flad [131]) und Enneccerus-Nipperdey [132]) vertreten wird, will überhaupt kein Recht am eigenen Bild in Form eines gesonderten Persönlichkeitsrechts anerkennen, diese Ansicht dürfte indes unzutreffend sein. — In Frage kommt Verbreitung und öffentliches Zur-Schau-Stellen von Bildnissen. Auch hier wird normalerweise lediglich der Vermögensschaden ersetzt — der doch praktisch so gut wie gar nicht in Frage steht —, während der ideelle Schaden lediglich auf den oben bereits geschilderten Wegen wie Vernichtung der Bilder, Negative usw., ferner Klage auf Unterlassung einigermaßen ausgeglichen werden kann. Entschädigung in Geld ist nur durch Zusprechung einer Buße denkbar (unter den einschränkenden Voraussetzungen der *vorsätzlichen* Begehung), eine gewisse Genugtuung vermag außerdem die Bestrafung des Täters nach § 33 Abs. 1 Ziff. 2 KunstUrhG. zu bieten, die allerdings lediglich bei Vorsatz und nur als Geldstrafe verhängt wird und einen Antrag des Verletzten erfordert. Der Schutz gegen ideelle Schädigung ist in derartigen Fällen also gering, vor allem, wenn man bedenkt, daß überhaupt kein rechtliches Mittel vorhanden ist, um sich von vornherein dagegen zu wehren, aufgenommen zu werden.

Das Recht am eigenen Bilde gleicht im wesentlichen dem Namensrecht des BGB. (§ 12), beiden Rechten ist gemeinsam, daß sie ihrem Gehalt nach fast ausschließlich Persönlichkeitsrechte sind, wogegen die vermögensrecht-

129) Gleichlautend § 15 Abs. 2 GebrMG.
130) Staudinger [16], § 12 Note 88.
131) Planck-Flad [4], § 823 B II 1 f. mit Verw. auf Planck [4], § 12 Anm. 9.
132) Enneccerus-Nipperdey [13], § 93 V 5 a (S. 284) und Anm. 39, 40.

lichen Elemente zurücktreten. Dieses Recht auf Namensschutz ist auf gewerblichem Gebiet durch besondere Gesetze geordnet, so im Firmenrecht des HGB. (§§ 17 ff., insbesondere § 37 Abs. 2: Klage auf Unterlassung gegenüber unbefugtem Gebrauch der Firma; unberührt bleiben Ansprüche auf Schadensersatz nach sonstigen Vorschriften); im Warenzeichengesetz vor allem durch § 24 (Mißbrauch von Namen, Firma und Warenzeichen); im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb durch § 16 (Hervorrufung einer Verwechslungsgefahr im Geschäftsleben hinsichtlich Name, Firma u. dgl.). In sämtlichen Fällen tritt das Persönlichkeitsmoment hinter das vermögensrechtliche vollkommen zurück, in den beiden letztgenannten Gesetzen ist nur der Vermögensschaden als ersatzwürdig in Betracht gezogen. In der Tat deckt sich dieser in derartigen rein kaufmännischen Verhältnissen praktisch mit dem immateriellen Schaden, und es wäre eine Überspitzung in der Herausarbeitung der Gegensätze, wollte man den letzteren künstlich absondern.

IV. Im Falle der Verletzung anderer Interessen (Unternehmen, Affektionsinteressen u. ä.)

A. Das Recht am Unternehmen

Jedes Unternehmen umfaßt neben gegenständlichen Werten eine mehr oder minder große Anzahl unsichtbarer Werte (Kundschaft, Bezugsquellen, Fabrikationsmethoden, Ruf u. dgl.), die zusammengenommen die Organisation des Unternehmens bilden und unter Umständen bei dessen Verkauf eine erhebliche geldliche Bewertung erfahren, die aber nur schätzungsweise erfolgen kann. Wir haben es hier mit einem zwar keineswegs festumgrenzten, aber immerhin näher bestimmbaren Persönlichkeitsgut zu tun, welches nach der geschäftlichen Seite hin gerichtet ist.

Es ist nun streitig, ob ein Recht am Unternehmen im Sinne eines immateriellen Güterrechts anzuerkennen ist. Das Reichsgericht, das ein allgemeines Persönlichkeitsrecht ablehnt (vgl. unter III), rechnet zu den „sonstigen Rechten" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Verkörperung des Willens zur wirtschaftlichen und gewerblichen Betätigung, wobei es indes gewisse Einschränkungen macht. „Im bürgerlichen Recht ist zwar der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als ein schutzfähiges Recht im Sinne des § 823 anzusehen. Eine Verletzung dieses Rechtes ist aber nach der feststehenden Rechtsprechung nur dann gegeben, wenn der Eingriff sich unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebs durch tatsächliche oder rechtliche Verhinderung der Betriebshandlungen richtet. Darunter fällt nicht, wenn dem Gewerbetreibenden nur ein wirtschaftlicher Gewinn ent-

zogen wird, z. B. im Wege des erlaubten Wettbewerbs“ [133]). Solche Eingriffe liegen namentlich dann vor, wenn auf Grund angeblicher, in Wirklichkeit nicht bestehender gewerblicher Schutzrechte die Herstellung bestimmter Waren oder eine bestimmte Warenbezeichnung verboten wird; niemals stellt hingegen der wirtschaftliche Wettkampf („Konkurrenz“) einen widerrechtlichen Eingriff in einen fremden Gewerbebetrieb dar, sofern er mit erlaubten Mitteln geführt wird.

Lehmann (bei Enneccerus) [134]) meint, bei der Entscheidung der Streitfrage sei zweierlei auseinanderzuhalten, nämlich erstens, „ob es zulässig sei, hinter den einzelnen Störungsverboten des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb einen einheitlichen Schutzgegenstand hervorzuziehen und die Beziehung des Unternehmers zu diesem in der Denkform eines absoluten subjektiven Rechts am Unternehmen zu erfassen —“ das sei zu bejahen, und zweitens, „ob es zulässig sei, dieses Recht durch Einreihung in den Kreis der sonstigen Rechte des § 823 Abs. 1 BGB. mit *generellem* Normenschutz *schlechthin* auszustatten —“ diese Frage sei zu verneinen, denn ein derartiges Vorgehen bedeute eine Normenerschleichung. Wenn man ein Recht an der gewerblichen Tätigkeit anerkenne, dürfe das nur im Rahmen der vorhandenen Störungsverbote und erlaubter Analogieschlüsse zu ihnen geschehen. Ein solcher Schluß sei aber höchstens mit der Begrenzung des Reichsgerichts [135]) bei einem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu verteidigen. Insoweit werde die fragliche Rechtsbildung einem Bedürfnis gerecht und verleihe einen sonst nicht nachweisbaren Schutz vornehmlich gegen die Untersagung des Gewerbebetriebs auf Grund fälschlich angemaßter Gewerbeschutzrechte, z. B. eines Gebrauchsmusters oder Warenzeichens. Da das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb eine dagegen gerichtete Bestimmung nicht kenne, ließen sich Unterlassungklage und Ersatzanspruch nur rechtfertigen, wenn man von einem *generell* geschützten Rechte ausgehe, in das durch eine derartige Handlung eingegriffen werde.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat überwiegend Zustimmung gefunden [136]). Gegen sie hat vor allem Nipperdey [137]) Stellung genommen, der das Bedürfnis nach einer Rechtsbildung, wie sie das RG. entwickelt hat, bestreitet und den Rechtsschutz des § 1 UnlWettbewG. sowie des § 826 BGB. für ausreichend erachtet.

Die Anerkennung eines Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe hat vor allem deswegen praktische Bedeutung, weil damit

---

133) RGZ. 126, 93 (96).
134) Enneccerus-Lehmann S. 769.
135) Vgl. insbesondere RGZ. 48, 114; 77, 219; 102, 225 (mit Nachweisungen).
136) Vgl. die Nachweisung bei Staudinger, § 823 II A 2e (S. 1776); Flad bei Planck § 823, A II 1fγ (S. 1719).
137) In: Beiträge z. Wirtschaftr. 1931, S. 445 f.

die Möglichkeit einer Unterlassungsklage gegeben ist, die gerade in den hier in Betracht kommenden Fällen als Mittel des Rechtsschutzes besonders wichtig ist, während Schadensersatzklagen seltener erhoben werden. Dieses Ergebnis ist erwünscht und vermag auch solche Interessen noch zu berücksichtigen, die bei Zugrundelegung der Auffassung Nipperdeys nicht mehr geschützt würden; insoweit ist also dem RG. beizupflichten. Der Weg dagegen, auf dem das RG. dieses Ergebnis erreicht, kann nicht befriedigen. Unter die „sonstigen Rechte" im Sinne des § 823 BGB. dürfen meines Erachtens solche „Rechte" nicht einbezogen werden, die erst, wie im vorliegenden Falle, an Hand anderer gesetzlicher Bestimmungen konstruiert werden müssen; auch die vom RG. getroffene Einschränkung ist durch nichts gerechtfertigt, wiewohl sie zweckmäßig sein mag. Eine brauchbare Grundlage wäre allein die Zurückführung dieses Rechts auf ein allgemeines Persönlichkeitsrecht, dessen Anerkennung aber ausschließlich Sache der Gesetzgebung sein kann.

B. Das Affektionsinteresse

Inhalt des Affektionsinteresses (Liebhaberinteresses)[138]) ist der Wert der besonderen Vorliebe, also der über den Verkehrswert einer Sache hinausragende Wert, der seinen Ursprung in persönlichen Empfindungen und Meinungen hat. Charakteristisch für dieses Interesse ist, daß es stets an einen vermögenswerten Gegenstand gekoppelt erscheint; der Gegenstand als solcher vermag regelmäßig in gleicher Art wieder beschafft zu werden (so z. B. eine Tasse, aus der Napoleon getrunken hat, oder die Feder, mit der das Versailler Diktat unterzeichnet wurde), seine Eigenart besteht nur darin, daß der Eigentümer mit demselben ganz bestimmte Vorstellungen, Erinnerungen usw. verbindet. Handelt es sich dabei um Regungen, die einem sogenannten Spleen entspringen, so verdienen sie keinerlei rechtliche Beachtung, wenn etwa jemand einen Holzsplitter vom Bette Goethes oder ein Kalkstück mit dem (immer wieder erneuerten) Tintenklecks aus dem Lutherzimmer der Wartburg aufbewahrt. Dagegen können gewisse Sammelleidenschaften, die ursprünglich den Affektionsinteressen beizuzählen waren, dann jedoch allgemeine Verbreitung gefunden haben, wie Briefmarkensammeln u. dgl., das Wesen von Vermögensgütern annehmen. Ebenso sind Luxusgegenstände, denen ein in Geld schätzbarer Wert zukommt, auch in Geld zu ersetzen; die gegenteilige, früher häufig vertretene Ansicht entbehrt jeder vernünftigen Rechtfertigung und beruht auf einer Verkennung der Gegebenheiten des Lebens.

Vom Affektionsinteresse sind ferner die Fälle streng zu scheiden, in denen eine Sache nach ihrer Beschaffenheit überhaupt keinen allgemeinen Wert (Verkaufswert) mehr hat, etwa weil sie zu abgenutzt oder technisch

138) RGRK. § 253 Anm. 1.

überholt ist, aber vom Eigentümer noch benutzt wird und einen gewissen Wert für ihn darstellt; wird die Sache zerstört, so ist ihm dieser besondere Wert zu erstatten, denn der hier noch vorhandene tatsächlich wirtschaftliche Nutzen läßt sich im Einzelfall ohne weiteres in Geld veranschlagen und ist keineswegs einem lediglich gefühlsmäßig orientierten Interesse gleichzusetzen.

Das BGB. sieht das Affektionsinteresse zwar als schutzwürdiges Interesse an, beschränkt indes den Schutz auf die Herstellungspflicht (§ 249 in Verbindung mit § 253 BGB.) und hat den Geldersatz bewußt ausgeschlossen, denn „aus der Anerkennung des Prinzipes, wonach ein vermögensrechtliches Interesse zum Wesen oder zur Gültigkeit und Wirksamkeit eines Schuldverhältnisses nicht gehört, folgt keineswegs, daß bei Verletzung eines nichtvermögensrechtlichen Interesses durch Zuwiderhandeln gegen eine obligatorische Verpflichtung oder durch Delikt der Anspruch auf eine Ausgleichung durch Leistung eines Ersatzes in Geld zulässig sein soll. Der § 221 (= § 253 BGB.) lehnt diese Konsequenz ausdrücklich ab“ [139]). Eine mittelbare Berücksichtigung in Geld kann das Affektionsinteresse lediglich bei Verletzung von Vertragspflichten erfahren, nämlich im Falle der Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe auf den „angemessenen Betrag“ (§ 343 Abs. 1 BGB.); allein es kommt infolge seiner engen Bindung an Vermögensgüter in vertraglichen Beziehungen viel seltener vor als im Deliktsrecht, wo ein Geldersatz unmöglich ist.

Diese Regelung des BGB. ist als Mißstand zu bezeichnen, nachdem insbesondere auch der strafrechtliche Schutz sich bei Sachbeschädigung und -vernichtung auf die Fälle *vorsätzlicher* Begehung beschränkt (§ 303 StGB.). Wenn daher Fischer [140]) ausführt, das Affektionsinteresse finde im bürgerlichen Recht überall Anerkennung, Geldersatz sei zwar nach § 253 BGB. ausgeschlossen, es sei aber Naturalrestitution zu leisten, und auf diese Weise werde dem Satz: „Vermögensänderung ist keine Vermögensminderung“ seine Härte genommen, so kann dem nicht beigestimmt werden. Gerade bei den Affektionsinteressen ist eine Herstellung fast nie denkbar und deshalb bedeutungslos. Die bloße theoretische Anerkennung im Gesetz ist aber für das Rechtsleben keine wirkliche Anerkennung, weil sie keine praktischen Ergebnisse zeitigt. Aufgabe einer guten Rechtsordnung ist es jedoch, gegen eine wider den Willen des Rechtssubjekts vorgenommene Rechtsveränderung Rechtsbehelfe zu geben.

Geldersatz für Verletzung von Affektionsinteressen gewähren vor allem die Rechtsordnungen, die einen solchen ganz allgemein bei Nichtvermögensschäden zulassen, also insbesondere das französische und englische Recht. Das Gemeine Recht kennt keine Entschädigung, wohl aber einzelne Par-

139) Mot. II S. 21 = Mugdan S. 12.
140) Fischer a. a. O. S. 314.

tikularrechte wie das ALR. und das ABGB. In § 87, I, 6 des ALR. findet sich eine Haftung auf den Wert der „besonderen Vorliebe" bei vorsätzlichem Handeln, im ABGB. sind es die §§ 1331, 335, die einen Geldersatz des Affektionsinteresses zulassen, und zwar § 1331 bei Vermögensbeschädigung durch strafbare Handlung, Mutwillen oder Schadenfreude, § 335 bei der Haftung des unredlichen straffälligen Besitzers. Interessant ist, daß in sämtlichen Fällen der Gedanke der Berücksichtigung des Schuldgrades beim Ausgleich immateriellen Schadens lebendig wird.

C. Nichtvermögensrechtliche Interessen in Verträgen

Inhalt eines Schuldverhältnisses braucht nicht notwendig eine Leistung zu sein, die sich in Geld veranschlagen läßt, sondern es kann auch eine Leistung sein, die nur ideellen Wert besitzt; gleichgültig ist dabei, welcher Art, falls es sich um ein Vertragsverhältnis handelt, die Gegenleistung ist.

Die im Gemeinen Recht aufgestellte These vom Geldwert der obligatorischen Leistung[141]) mußte der Erkenntnis weichen, daß zum Wesen der Schuldverbindlichkeit kein geldwertes Interesse gehöre. Die Grenze des zulässigen und unzulässigen Inhalts von Schuldgeschäften wird daher in anderer Art als durch den Begriff des Vermögenswertes der Obligation bestimmt; als Gegenstand von Rechtsgeschäften scheiden demnach alle Verhältnisse aus, denen ein Rechtsschutz nicht gebührt, wie etwa gesellschaftlichen Verhältnissen u. a. (vgl. 1. Teil, I). Versprechen nichtvermögenswerter Handlungen oder Unterlassungen begründen außerdem vielfach schon deshalb keine Forderungsrechte, weil sie nicht auf Leistung an den Gläubiger oder einen Dritten gehen — das Versprechen der Enthaltsamkeit oder dergleichen ist nicht auf eine „Leistung" gerichtet, sondern es hat nur ein Gebot eigenen Interesses des Schuldners zum Inhalt[142]).

Hat nun eine zulässigermaßen begründete Verbindlichkeit das Recht auf eine Leistung ohne Vermögenswert[143]) erzeugt und der Schuldner leistet nicht, so kann ihn der Gläubiger auf Erfüllung verklagen und nach Erlangung eines Urteils gegen ihn die Zwangsvollstreckung betreiben, meist auf Grund der §§ 887, 888, 890 ZPO., da die Leistung des Schuldners meist in einer Handlung oder Unterlassung bestehen wird. Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen einer nichtvermögensrechtlichen Verbindlichkeit nach diesen Bestimmungen wird durch den § 253 BGB. nicht be-

141) Vgl. Windscheid-Kipp II § 250 Anm. 3.
142) Planck-Siber, Vorbem. I, 3 zu Bd. 2, 1. Hälfte.
143) Was für die Leistung ohne Vermögenswert gilt, muß gleichermaßen auf Leistungen, die teils vermögensrechtlicher, teils nichtvermögensrechtlicher Natur sind, Anwendung finden, ferner auf jede Leistung, deren Ausbleiben lediglich einen Nichtvermögensschaden verursacht, wie dies z. B. bei Dienst- oder Werkverträgen der Fall sein kann.

rührt[144]), es genügt, daß der Schuldner zur Vornahme einer -- vertretbaren oder unvertretbaren -- Handlung oder aber zur Unterlassung einer Handlung bzw. zur Duldung der Vornahme einer Handlung verurteilt worden ist. Eine vertretbare Handlung ist die, bei der es rechtlich und wirtschaftlich für den Gläubiger gleichbleibt, ob der Schuldner erfüllt oder ein Dritter[145]). Bei vertretbaren Handlungen ist dem Gläubiger die Möglichkeit der Ersatzvornahme gegeben (§ 887 ZPO.), bei unvertretbaren Handlungen, deren Vornahme ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt, ist der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen oder Haft anzuhalten (§ 888 Abs. 1 ZPO.), eine Maßnahme, die u. a. bei der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag ausgeschlossen ist (§ 888 Abs. 2 ZPO.). Die Zuwiderhandlung gegen Unterlassungspflichten hat ebenfalls Verurteilung zu Geldstrafe oder Haft im Gefolge (§ 890 ZPO.). Während aber die Vollstreckung nach § 890 Strafe für die Nichterfüllung darstellt, sind die beiden Strafen des § 888 reine Zwangsstrafen, also Mittel der Willensbeugung. Nehmen wir nun z. B. folgenden Fall an: Jemand beauftragt einen Künstler mit der Anfertigung eines Gemäldes, eine Anzahlung wird nicht geleistet, der Künstler verspricht, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt das Bild zu malen. Der Besteller verläßt sich auf die Zusage und wartet auf die Fertigstellung des Bildes, das er vielleicht einem Dritten zum Geschenk machen will. Der Maler weigert sich nun mit einem Male, das Bild anzufertigen. — Hier handelt es sich um eine unvertretbare Handlung, die ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt und bei der an sich auch die Verhängung von Zwangsstrafen durch die Vorschrift des § 888 Abs. 2 ZPO. nicht ausgeschlossen wäre. Trotzdem kommt eine solche nicht in Betracht, da der Gläubiger die Beweislast für die ausschließliche Abhängigkeit vom Willen des Schuldners trägt und, wenn die Handlung besondere individuelle Fähigkeiten künstlerischer oder wissenschaftlicher Art voraussetzt, deren Vorhandensein beim Schuldner fast nie festzustellen sein wird und durch ungenügende Ausführung widerlegt werden würde[146]). Wollte man jedoch annehmen, daß der Schuldner durch Geständnis oder Nichtbestreiten die Abhängigkeit der Handlung von seinem Willen einräumen würde, so müßte meines Erachtens trotzdem der Antrag des Gläubigers, gemäß § 888 Abs. 1 eine Geld- oder Haftstrafe zu verhängen, abgewiesen werden, weil kein Rechtsschutzbedürfnis gegeben ist mangels Rechtsschutzfähigkeit[147]) einer den unerzwingbaren Handlungen im Sinne des § 888 Abs. 2 ZPO. gleichzustellenden Handlung.

144) Planck-Siber § 253 Anm. 4.
145) RGZ. 55, 59.
146) Jonas, Zivilprozeßordnung, § 888 Anm. I, 2 c.
147) Vgl. dazu Jonas, Vorbem. II, 5 vor § 704.

Der Gläubiger ist indessen bei Klagen, die auf Verurteilung zur Vornahme einer Handlung gehen, nicht unbedingt auf deren Erzwingung im Wege der Zwangsvollstreckung nach den §§ 887, 888 angewiesen. Vielmehr erschließt ihm das amtsgerichtliche wie auch das arbeitsgerichtliche Verfahren die Möglichkeit, im Urteil dreierlei zu erreichen, nämlich: Verurteilung zur Vornahme der Handlung, Fristsetzung für diese Vornahme und Verurteilung zur Entschädigung für den Fall fruchtlosen Fristablaufs (§§ 510 b ZPO., § 61 Abs. 4 ArbGG.). Ist der Beklagte zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt, so ist die Zwangsvollstreckung auf Grund der Vorschriften der §§ 887, 888 ZPO. ausgeschlossen (vgl. §§ 888 a ZPO., 61 Abs. 4 Satz 2 ArbGG.), denn die Entschädigung ist nicht wie in § 888 ZPO. eine Zwangsstrafe — die demzufolge der Staatskasse zufällt —, sondern die im sachlichen Recht vorgesehene Vergütung für den Fall der Nichterfüllung der Handlungspflicht, mit der rechtskräftigen Zubilligung der Entschädigung ist daher jeder Ersatz- und auch der Erfüllungsanspruch verbraucht. Das Gericht hat zu prüfen, ob dem Kläger nach sachlichem Recht im Falle der Nichterfüllung des ersten Anspruchs ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht. „Als reine Verfahrensvorschrift gibt § 510 b ZPO. nicht das Recht, eine Entschädigung zuzusprechen, wo das sachliche Recht sie nicht gewährt, denn er erleichtert nur die Durchführung eines solchen Anspruchs“ [148]). Die Höhe der Entschädigung ist nach freiem richterlichen Ermessen gemäß § 287 ZPO. zu bestimmen. — Eine Berücksichtigung des Nichtvermögensschadens käme somit hier allenfalls dann in Betracht, wenn dieser neben Vermögensschaden entstanden wäre; allein schon damit würde man sich in Widerspruch zu dem vorher Ausgeführten setzen, und um wieviel mehr erst, wenn man bei ausschließlich nichtvermögensrechtlichen Verbindlichkeiten eine Entschädigung über den § 510 b ZPO. zulassen wollte. Voraussetzung dafür wäre eben eine Bestimmung des sachlichen Rechts — auch wenn sie noch so allgemein gehalten wäre —, die aber im geltenden Recht bedauerlicherweise bislang fehlt. An sich ist es ein Unding, daß jemand zu einer Handlung verurteilt werden kann, ohne daß hinter dieser Verurteilung ein Vollstreckungszwang steht, allein auch diese Tatsache erklärt sich aus der Einstellung des geltenden Rechts, für Nichtvermögensschäden im Grundsatz keine Geldentschädigung zuzulassen.

Da nun dem Anspruch des Gläubigers der Vollstreckungszwang versagt bleibt und das Gesetz ihm keine Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung zugesteht (einen Anspruch auf Herstellung annehmen zu wollen, wäre sinnwidrig, denn er würde ja gerade auf die Leistung gehen, deren Durchsetzung der Gläubiger nicht erzwingen kann), hat der Gläubiger nur ein Mittel zur Sicherung seiner ideellen Interessen: er muß sich die Leistung unter einer Vertragsstrafe versprechen lassen, die ihm als Ersatz für

148) Jonas § 510 b Anm. IV, 1; Baumbach Anm. 2 zu § 510 b.

die vom Gesetz versagte Geldentschädigung zu dienen hat. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe im Sinne des § 339 BGB. (echte Vertragsstrafe) ist das Versprechen einer Leistung für den Fall einer künftigen Pflichtverletzung und setzt demnach das Bestehen einer Hauptverbindlichkeit voraus. Sie unterscheidet sich dadurch von der uneigentlichen (selbständigen) Vertragsstrafe des § 343 Abs. 2 BGB., die für Handlungen oder Unterlassungen versprochen wird, die nicht selbst Gegenstand einer Verbindlichkeit sind; dieses Strafversprechen ist nur dann von Bedeutung, wenn die Beteiligten aus irgendeinem Grunde die Nichtentstehung einer Hauptverpflichtung gewollt haben[149]). Ein wesentlicher Zweck der Strafe besteht darin, dem Gläubiger bei Nichterfüllung der Hauptforderung die Geltendmachung seines Interesses zu erleichtern, vor allem, was Schadenshöhe und ihren Nachweis anlangt; dies spielt naturgemäß beim Nichtvermögensschaden eine besonders große Rolle und läßt deshalb die Vertragsstrafe als geeignetes Schutzmittel nichtvermögensrechtlicher Interessen erscheinen. Die Strafe ist nicht zu hoch, wenn sie das mögliche Interesse des Gläubigers an der Erfüllung nicht übersteigt[150]); diese Feststellung ist für die Anwendung des § 343 Abs. 1 BGB. bedeutsam. Nach dieser Bestimmung kann der Schuldner bei unverhältnismäßiger Höhe der verwirkten Strafe die Herabsetzung auf den angemessenen Betrag bei Gericht beantragen. „Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse in Betracht zu ziehen" (Abs. 1 Satz 2). Hiernach kann also ohne weiteres der Nichtvermögensschaden in Rechnung gestellt werden, wobei der Richter allerdings zu ermessen hat, ob die Strafe das vernünftige Interesse an der Erfüllung nicht unverhältnismäßig übersteigt, denn geschützt werden sollen nur wirklich berechtigte Interessen, nicht aber bloße Launen oder phantastische Einfälle. Die Strafe soll gleichzeitig als Zwangsmittel dienen, um den Schuldner zur Erfüllung seiner vertraglich übernommenen Pflichten anzuhalten. Bei der Abwägung nach § 343 sind alle Umstände in Betracht zu ziehen, insbesondere Art und Grad des Verschuldens des Verpflichteten sowie seine Vermögenslage. Bei der Herabsetzung der uneigentlichen Vertragsstrafen (§ 343 Abs. 2) sind die maßgebenden Gesichtspunkte die gleichen[151]). Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe hinfällig (§ 344 BGB.).

Die Strafvereinbarung ist in weitem Umfang geeignet, innerhalb der vertraglichen Beziehungen den Ausgleich von immateriellen Schäden zu gewährleisten. Dennoch ist die damit gewonnene Möglichkeit der Ent-

149) Vgl. Planck-Siber, § 339 Anm. a, § 343 Anm. 2 a—c.
150) RG. in LZ. 1912 S. 543 Nr. 19.
151) Planck-Siber, § 343 Anm. 6.

schädigung im Verhältnis zu einem wirklichen Schadensersatzanspruch viel zu wenig umfassend. Denn in der Regel wird man bei Abschluß eines Vertrages, selbst wenn dieser ideelle Interessen berührt, kaum eine derartige Abrede ins Auge fassen, weil der Gedanke an eine mögliche ideelle Schädigung nicht in den Vordergrund treten wird, da man gerade in derartigen Verhältnissen auf die Vertragserfüllung vertraut oder aber sich der trügerischen Hoffnung auf Durchsetzung der Ansprüche im Wege der Zwangsvollstreckung hingibt. Immerhin kann man unbedenklich die Vertragsstrafe als Grenzerscheinung zur Entschädigung für den Nichtvermögensschaden bezeichnen.

In diesem Zusammenhang ist noch der arbeitsrechtlichen Buße zu gedenken, die richtiger Ansicht nach nichts anderes als eine Vertragsstrafe ist, wiewohl ihre Natur sehr streitig ist.

Bestimmungen über die Buße sind in den §§ 6 Abs. 2 Satz 3, 27 Abs. 1 Ziff. 4, 28 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG.) enthalten. Verstöße gegen die Ordnung und Sicherheit des Betriebs können mit Buße geahndet werden. Außer Zweifel steht, daß die Buße nicht als Entschädigung für etwa entstandenen vermögensrechtlichen Schaden anzusehen ist, denn sie kann neben der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und evtl. auch neben einer Vertragsstrafe verhängt werden; man wird sie aber auch kaum als Entschädigung für den durch die Störung der Betriebsgemeinschaft entstandenen Nichtvermögensschaden betrachten dürfen, denn man müßte solchenfalls fragen, wer eigentlich geschädigt sei, die Gefolgschaft, der Führer des Betriebs oder gar die Betriebsgemeinschaft? Bei der arbeitsrechtlichen Buße ist demnach der Strafcharakter vorherrschend [152]), streitig ist aber, ob sie Disziplinarstrafe, Ordnungsstrafe oder Vertragsstrafe sein soll. Die überwiegende Meinung [153]) sieht sie als Disziplinarstrafe an, Mansfeld hingegen als Vertragsstrafe [154]). Der Auffassung, der Führer des Betriebs verhänge die Buße kraft seiner „Herrschaft über den Betrieb" (Nikisch) oder kraft seiner öffentlich-rechtlichen Stellung (Dersch), hält er entgegen, dem Führer des Betriebs sei keine Zwangsgewalt übertragen, er verhänge die Buße nicht kraft eigenen Rechts; er übe auch keine „Strafgewalt der Betriebsgemeinschaft" aus (Denecke), denn die Betriebsgemeinschaft als solche habe weder Rechte noch Pflichten. Grundlage des Bußrechts sei allein der Einzelvertrag und die vertragliche Unterwerfung des einzelnen Gefolgsmannes unter eine Art Disziplinargewalt des Führers des Betriebes. Der Arbeitsvertrag sei als Grundlage für die Einreihung in die Betriebsgemeinschaft auch heute noch anzuerkennen, nur habe ihm das neue Recht mehr personenrechtlichen In-

152) Grub in „Kartei des Arbeitsrechts" unter Buße.
153) Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG. § 28, Note 2—6.
154) Mansfeld, „Die Buße" in „Deutsches Arbeitsrecht", 1934, S. 273 ff.

halt verliehen und ihn seines nur schuldrechtlichen Charakters entkleidet. Die Freiwilligkeit des Vertragsabschlusses bleibe entscheidend für die Bestimmung der Natur der Buße, der freiwillige Vertragsabschluß begründe die Einordnung. Die Bußen seien nicht die einzig erlaubten Vertragsstrafen, ausgeschlossen sei lediglich die Vereinbarung von anderen Vertragsstrafen für Verstöße gegen die Ordnung und Sicherheit des Betriebes, den diese könnten nur durch Verhängung von Bußen gesühnt werden. Berührungspunkte mit der Disziplinarstrafe seien vorhanden.

Die Buße wird regelmäßig in Form der Geldbuße verhängt, sie kann aber auch als Warnung oder Verweis auftreten, als Entlassung richtiger Ansicht nach nie. Die Geldbußen fließen weder dem Unternehmer noch der Gefolgschaft, sondern der NS.-Volkswohlfahrt zu; diese Tatsache ist wesentlich für die Entscheidung der Frage, ob die Buße vielleicht als Entschädigung für Nichtvermögensschaden anzusehen ist. Als geschädigt könnte man am ehesten die Betriebsgemeinschaft als organische Einheit betrachten, und diese Auffassung ließe sich darauf stützen, daß die Bußen vor dem 14. November 1934 der Betriebskasse der NS.-Gemeinschaft „Kraft durch Freude" zuflossen, also der Betriebsgemeinschaft zugutekamen; angesichts der heutigen Lage dagegen müßte man die Volksgemeinschaft als entschädigungsberechtigt ansehen, die doch äußerstenfalls mittelbar geschädigt ist. Die Buße kann demnach kaum noch als Entschädigung für immateriellen Schaden gelten.

Die Streitfrage über den Charakter der Buße ist insbesondere deshalb bedeutsam, weil je nach dem eingenommenen Standpunkt die Anwendung des § 343 BGB. verneint[155]) oder bejaht[156]) wird. Das ist trotz den in § 28 Abs. 1 AOG. bestimmten Höchstgrenzen für die Buße von Wichtigkeit. Meines Erachtens ist der Auffassung der Buße als einer Vertragsstrafe beizupflichten, denn einmal hat sie ihre Grundlage nicht immer in der Betriebsordnung, sondern ebenso im Arbeitsvertrag, was die Bestimmung des § 28 Abs. 3 mit hinreichender Deutlichkeit zeigt. Weiterhin ist zu betonen, daß der Abschluß des Arbeitsvertrags nach wie vor im freien Belieben des einzelnen steht, woran auch die Tatsache nichts zu ändern vermag, daß z. Zt. der Abschluß von Arbeitsverträgen weitgehendst vom öffentlichen Recht her beeinflußt wird (man denke nur an die umfassenden Befugnisse der Arbeitsämter, was den Erlaß von Verpflichtungsbescheiden, die Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels u. dgl. anlangt), denn das ist meines Erachtens eine nicht auf die Dauer berechnete Änderung, die keine Schlüsse auf die Richtung der künftigen Entwicklung zuläßt, um wieviel weniger also auf abgeschlossen vorliegende gesetzliche Bestimmungen.

155) So Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG. § 28 Anm. 27.
156) Mansfeld-Pohl, AOG. § 28, Anm. 2 und 8.

3. Teil

Wertung und Vorschläge

I. Die Einwände gegen Geldentschädigung für den Nichtvermögensschaden

Ein Vergleich der meisten ausländischen Rechte mit dem deutschen macht die grundsätzliche Verschiedenheit im Ausgangspunkt der Regelung [157]) deutlich: Auf der einen Seite ist man bestrebt, den immateriellen Schaden in weitem Umfang zu berücksichtigen und begnügt sich damit, eine übermäßige Ausdehnung zu verhindern, auf der anderen Seite steht man dem Gedanken der Entschädigung ablehnend gegenüber und macht lediglich einige unumgänglich notwendige Zugeständnisse. Allerdings ist zu sagen, daß dem ausländischen Recht der Gedanke der Herstellung überwiegend fremd ist, während ihn das BGB. als Leitsatz an die Spitze seines Schadensersatzrechts gestellt hat. Wie aber schon früher ausgeführt wurde, besteht bei zahlreichen Nichtvermögensschäden gar keine Möglichkeit der Herstellung, und für den Schaden, der darin liegt, daß vom Eintritt des schädigenden Ereignisses bis zur Wiedergutmachung der seitherige Zustand nicht vorhanden war, ist eine Herstellung überhaupt ausgeschlossen. Angesichts dieser Tatsache kann die Herstellung nicht als ein dem Geldersatz gleichwertiges Mittel zum Ausgleich eines entstandenen Schadens angesehen werden, solange nicht wie beim Vermögensschaden der Übergang zum Geldersatz möglich ist. Es ist deshalb abwegig, wenn von den Gegnern der Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden immer wieder darauf hingewiesen wird, daß einem Ausgleich ideeller Nachteile ja gar nichts im Wege stehe, da § 249 BGB. den Anspruch auf Herstellung gebe.

Überblickt man nun die zum Problem der Entschädigung abgegebenen Meinungen, so begegnet man einer Reihe von Einwänden, zu denen im einzelnen Stellung genommen werden muß. Da wird vor allem einmal auf das Fehlen eines geeigneten Wertmaßstabs abgehoben. Man fragt, wie soll denn überhaupt, wenn schon die Herstellung nicht in Betracht kommt, auf andere Weise ein Ausgleich für die verursachten ideellen Nachteile geschaffen werden können? Wie sollte die Größe eines seelischen Schmerzes od. dgl. in so bestimmter Weise ausgedrückt werden können, daß man dieses oder jenes Mittel als geeignet bezeichnen dürfte, den Schmerz aufzuwiegen? — Schlägt man daraufhin den in sonstigen Lebensverhältnissen gebräuchlichen Maßstab des Geldes zur Anwendung vor, so wird eingewendet, ideale Güter und Geld seien unvergleichbare Größen, „es widerstrebe der herrschenden Volksauffassung, die immateriellen Lebensgüter auf gleiche Linie mit den

157) Im französischen und noch mehr im englischen Recht wird man zwar besser von einer gewohnheitsrechtlichen Bildung sprechen als von einer Regelung.

Vermögensgütern zu stellen und einen ideellen Schaden mit Geld aufzuwiegen“ [158]), „nach der allgemeinen Volksansicht sei es nicht ehrenvoll, sich Beleidigungen durch Geld abkaufen zu lassen“ [159]), „es entspreche nicht den rechtlichen und sittlichen Anschauungen des deutschen Volkes, sich für die Verletzung idealer Interessen in Geld entschädigen zu lassen“ [160]). Andere meinen gar, man müsse abwarten, bis ein geeigneter Wertmaßstab gefunden werde, solange das jedoch nicht der Fall sei, müsse man — leider vielleicht — von einer Schadloshaltung absehen. Dieser Standpunkt scheint der Sachlage durchaus gerecht zu werden, bedeutet aber in Wirklichkeit nur das Ausweichen vor einer klaren Entschließung, denn woher sollte dieser Maßstab plötzlich kommen und wie sollte er aussehen? Damit wird lediglich die Tatsache verschleiert, daß man weder einen passenden Wertmesser sieht noch auch suchen mag, indem man aber eine eigene Stellungnahme vermeidet, verzichtet man auf einen Ausweg, denn man überläßt die Entwicklung großzügigerweise der Zukunft, trotzdem jederzeit unschwer zu erkennen ist, daß ein gerechter und zweckmäßiger Vergleichsmaßstab für diese Dinge nie gefunden werden wird. In einem solchen Fall ist jedoch ein schlechter Maßstab immer noch besser als überhaupt keiner.

Auch die idealistischen Worte der Schöpfer des BGB. vermögen nicht zu überzeugen. Ein Blick ins Gesetz genügt, um die Inkonsequenz zu zeigen, die darin liegt, daß § 847 Abs. 2 *doch* Geldentschädigung für Verletzung der weiblichen Geschlechts*ehre* gewährt, oder in der Bestimmung des § 1300, die zufolge ihres familienrechtlichen Gehalts noch viel weniger eine Geldentschädigung in Aussicht nehmen dürfte. Und was das Fehlen eines geeigneten Wertmaßstabs bzw. den Einwand der Unangemessenheit einer Geldentschädigung anlangt, braucht man wiederum nur auf die eben erwähnten Bestimmungen abzuheben, bei denen die Geldleistung von einer höheren Warte aus gesehen genau so ungeeignet zur Schadloshaltung sein dürfte wie in anderen Fällen. Daß aber die Vorschrift des § 847 einem tatsächlich vorhandenen Bedürfnis entsprungen ist und in der Anwendung zu brauchbaren Ergebnissen führt, kann selbst von unbedingten Gegnern der Geldentschädigung für immateriellen Schaden nicht bestritten werden.

Daß man dem, was nicht völlig erreichbar ist, zumindest möglichst nahezukommen suchen soll, hat in zutreffender Weise Kohler [161]) dargetan, der sagt: „Zu den schlimmsten Irrungen eines unrichtigen, einseitigen Idealismus gehört aber der Glaube, daß für eine widerrechtliche Tat zwar Entschädigung, aber nur Entschädigung für sogenannten Vermögensschaden verlangt werden könne. ... Der idealistische Gedanke der Unmöglichkeit der vollen Ausgleichung kann ebensowenig dazu führen, daß man gar nichts

158) Prot. S. 1247.
159) Komm.-Ber. S. 103.
160) Siber-Planck, § 253 Anm. 1.
161) Kohler, „Die Ideale im Recht“, Arch. bürg. R. Bd. 5 S. 254 ff.

gibt, als er dahin führen darf, daß man die Leistungen der Wissenschaft und Kunst gar nicht belohnt; was man nicht voll ersetzen kann, dafür muß man wenigstens einigen Ersatz geben, soweit ein solcher möglich ist." Wenn demgegenüber von einem „Sich-abkaufen-lassen von Beleidigungen" u. ä. die Rede ist, muß man dem schon eine rein praktische Erwägung entgegenhalten: Wie im Zivilprozeßrecht regelmäßig, so ist auch bei den verschiedenen Arten der Buße (StGB., Urheberrechtsgesetze) stets ein Antrag des Geschädigten erforderlich, falls er eine Entschädigung begehrt. Niemand wird gezwungen, sich mit Geld entschädigen zu lassen, es ist nicht so, wie grundsätzlich im Strafverfahrensrecht, wo der Staat einschreitet, ob nun dem Verletzten daran gelegen sein mag oder nicht, sondern wem seine idealen Interessen zu hoch stehen, als daß er sie zum Gegenstand eines Geldersatzanspruchs machen möchte, dem bleibt dies unbenommen. Das darf indessen nicht dazu führen, daß ein anderer, der einen Ausgleich der erlittenen ideellen Nachteile durch anderweitige, mit Geld erlangbare Mittel für möglich hält, leer ausgeht, weil es an einer gesetzlichen Bestimmung fehlt. Letzten Endes liegt ja die Entscheidung darüber, ob Ersatz möglich, genügend und angemessen ist, in den Händen des Richters.

Im Zusammenhang mit der Beurteilung des Geldes als Mittel der Schadloshaltung ist ein weiteres Bedenken gegen eine Ausdehnung der Entschädigungspflicht zu nennen, welches darin besteht, daß eine über den Ersatz des Vermögensschadens hinausgehende Entschädigung Privatstrafe sei und deshalb keinen Platz im Zivilrecht habe. Nun kann allerdings nicht geleugnet werden, daß der Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden eine gewisse Strafnatur innewohnen mag, weil eben das Ausgleichungsprinzip infolge der Übersetzung idealer Werte in Geld nicht offen zutage tritt, so daß scheinbar eine Entschädigung geleistet wird, wo ein Schaden von der gleichen Art (nämlich Geld oder Geldeswert) nicht vorhanden ist, und das mag vielleicht den Eindruck erwecken, als handle es sich hier um eine Art von Strafe. Allein diese Erscheinung liegt in der Natur des Übersetzungsmaßstabs, der nur ein Notbehelf ist, begründet und wird sich insoweit nie völlig vermeiden lassen. — Die Abgrenzung zwischen Strafe und Schadensersatz wird beim Nichtvermögensschaden immer wieder Schwierigkeiten bereiten; aber selbst beim Vermögensschaden enthält die Ersatzpflicht ein gewisses Strafelement, da ihr Bestehen sozusagen eine Warnung vor ordnungswidrigem Verhalten bedeutet. Es ist dasselbe, was Heck als „Einwirkungstendenz" [162]) bezeichnet und womit gemeint ist, die eventuelle Ersatzpflicht solle als Regulator für menschliches Verhalten wirksam werden. Auch in den Motiven zum BGB. [163]) wird das Erfordernis einer solchen Einwirkungstendenz mittelbar anerkannt, wenn es heißt, auch die

162) Heck, a. a. O. § 11, 8. (S. 41).
163) Mot. II S. 22.

sogenannten idealen Rechte müßten gegen widerrechtliche Verletzung gesichert und dieser Schutz könne nicht ausschließlich in das Strafrecht verlegt werden.

In den Streit um die Frage der Geldentschädigung spielt wohl in erheblichem Umfang die Erwägung herein, daß durch die Gewährung eines Ausgleichs in Geld das zu schützende Rechtsgut herabgewürdigt werde, weil das Verlangen nach einem Ausgleich höherer Art (etwa als Sühne des Rechtsbruchs) vorhanden sei. Hier waltet vermutlich ein stark empfindungsmäßiges Moment ob, nämlich der Gedanke an das Geld als solches, der die Verbindung „Ideale Güter = ersetzbar durch Geld" als nicht tragbar erscheinen läßt. Man hat dabei aber zu bedenken, daß das Geld an sich gar kein Wertfaktor, sondern seiner Entstehung nach lediglich Tauschmittel ist, also den Güter- und Leistungsaustausch erleichtern soll. Seine Erlangung ist daher auch nicht Selbstzweck, sie dient vielmehr in unserem Falle dazu, dem Verletzten den Erwerb irgendwelcher Güter oder Leistungen zu ermöglichen, die vielleicht imstande sind, ihm über die Verletzung oder den Verlust immaterieller Güter hinwegzuhelfen. Natürlich vermag man ihm nicht bindend vorzuschreiben, wie er im einzelnen die erhaltene Geldsumme verwenden soll, oder daß er sie womöglich nur zu einem bestimmten Zweck verwenden dürfe, allein das ist bei jeglicher Schadensersatzleistung (abgesehen von der Auszahlung einer Versicherungssumme zur Wiederherstellung) so und kann nicht als Gegenbeweis gegen die Möglichkeit des Ausgleichs von Nichtvermögensschäden vorgebracht werden. Mit Recht sagt Fischer[164]): „In der Tat sollte die Erwägung, daß Gelderſatz kein genügendes Aquivalent für zugefügte immaterielle Nachteile bildet, kein Hindernis sein, den Gelderſatz prinzipiell zuzulassen, da und solange wir noch kein geeigneteres Aquivalent gewähren können. Denn das Bewußtsein, den Schädiger der öffentlichen Strafe überliefert zu haben, allein ist eben offenbar kein genügendes Ausgleichsmittel für die erlittenen Unbillen, ganz abgesehen davon, daß der Strafschutz unseres modernen Strafrechts nicht bei allen immateriellen Verletzungen eintritt, und nach den Zwecken unserer Kriminalpolitik gar nicht eintreten soll. Und wenn die Geldentschädigung selbst die verursachte Störung unseres Wohlbefindens nicht wieder ins Gleichgewicht bringen kann, so vermögen dies vielleicht andere Güter, welche der Verletzte mit dem Geld zu erwerben in der Lage ist." — Wie schon ausgeführt, kann m. E. nur das letztere Sinn und Zweck der Entschädigung sein. —

Ein weiterer Einwand, der besonders in den Motiven hervortritt, dem jedoch heute nicht dieselbe Bedeutung beizumessen ist wie damals, ist der, es sei unerwünscht, wenn dem Richter eine zu „souveräne" Stellung ein-

164) Fischer, a. a. O. S. 269.

geräumt werde[165]). Das BGB. hat jedoch selbst den Grundstein gelegt zu einer Entwicklung des Rechtslebens, die dem Richter ermöglicht hat, freiere Entscheidungen zu treffen, wenn dies auch nicht ausdrücklich durch gesetzliche Vorschrift, wie z. B. in Artikel 43 Schweiz. OR., geschehen ist. Auch wird in den Motiven der § 260 CPO. (= dem heutigen § 287) mit Stillschweigen übergangen, obwohl er in diesem Zusammenhang unbedingt hätte erwähnt werden müssen.

Eher gerechtfertigt scheint dagegen die Befürchtung zu sein, eine grundsätzliche Zulassung der Geldentschädigung für immaterielle Schäden werde eine starke Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung zur Folge haben, die mehr schaden könne, als die Zusprechung eines Geldersatzes im Einzelfalle nütze. Insoweit kann ich auf die zu § 847 gemachten Ausführungen verweisen und will davon nur wiederholen, daß sich auch beim Schmerzensgeld erst mit der Zeit gewisse Anhaltspunkte herausgebildet haben, und daß diese Entwicklung noch keineswegs abgeschlossen vorliegt. Es ist nicht anzunehmen, daß dieser Vorgang anläßlich der Neueinführung einer Geldentschädigungspflicht bei sonstigen Nichtvermögensschäden ein anderer wäre. Außerdem aber ist die Tatsache zu betonen, daß das Strafrecht (wo die Folgen einer Verurteilung doch ungleich schwerwiegender sind als im Zivilrecht) meist nur allgemeine Bestimmungen über die Art der zu verhängenden Strafe enthält (z. B. §§ 242, 263 StGB.: „... wird ... mit Gefängnis bestraft") und es dem Richter überläßt, innerhalb der weitgespannten Strafrahmen (vgl. §§ 14, 16—18, 27, 27 a StGB.) das Richtige zu treffen. Trotzdem wird niemand behaupten wollen, daß dadurch eine staatswohlgefährdende Unsicherheit hervorgerufen worden sei, obschon teilweise je nach Gericht ziemlich erhebliche Unterschiede festzustellen sind. Warum deshalb das Mißtrauen beim Zivilgericht? Die Schaffung von Rahmensätzen, etwa nach dem Vorgang des ALR., ist dieserhalb weder erforderlich noch irgendwie zweckmäßig.

Es ist auch nicht anzunehmen, daß eine (mitunter befürchtete) ungeheure Vermehrung der Schadensersatzprozesse eintreten würde. Ich glaube nicht, daß bei ausschließlich ideeller Schädigung des öfteren Klage erhoben würde Ist jedoch ohnehin wegen vermögensrechtlicher Schädigung ein Prozeß anhängig, so geht es in einem hin, auch über etwaigen Nichtvermögensschaden gleich mit zu entscheiden. — Solche Bedenken sind meist übertrieben, was

165) Mot. II S. 21, 22 (= Mugdan S. 12): „Durch allgemeine Anerkennung eines Entschädigungsanspruchs wegen Verletzung eines nichtvermögensrechtlichen Interesses würde dem Richter jene dem deutschen Rechte fremde Souveränität seiner Stellung gegenüber dem Streitverhältnisse beigelegt, welche erst bei der Beratung der ZPO. nach reiflicher Überlegung als bedenklich erfunden und deshalb verworfen wurde; insbesondere ließen sich Schranken für das Ermessen des Richters kaum aufstellen und wäre der Revisionsrichter im konkreten Falle häufig nicht in der Lage, eine unpassende Ausübung der diskretionären Gewalt des Richters zu korrigieren."

in sehr anschaulicher Weise die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 826 BGB.[166]) hinsichtlich der materiellen Rechtskraft von Urteilen dartut; Baumbach meint dazu: „Bereits RGZ. 46[79] gibt gegenüber einem rechtskräftigen Urteil den Einwand der Arglist. ... Die Instanzgerichte verlieren allmählich jeden Halt. Die vom Reichsgericht ausgesprochenen Grundsätze führen zur praktischen Beseitigung der sachlichen Rechtskraftwirkung, zu schrankenloser Vermehrung und Verteuerung des Prozessierens und zu bodenloser Rechtsunsicherheit. Gewiß soll das sachliche Recht in jedem Falle siegen, aber man kann nicht, damit nur ja keinem einzelnen einmal Unrecht geschieht, die tragenden Pfeiler jeder Rechtsordnung sprengen“[167]). Allein die von Baumbach vorhergesagte Entwicklung ist — jedenfalls bis jetzt — ausgeblieben, und gleichermaßen dürften sich auch sonst anfänglich gehegte Befürchtungen als grundlos erweisen.

Ähnliches wird von dem weiteren Einwand zu gelten haben, wonach u. U. viele versuchen würden, aus Geringfügigkeiten „etwas herauszuschlagen“, unbedeutende ideelle Nachteile zu einer schnöden Bereicherung auf Kosten des Ersatzpflichtigen auszunützen[168]). In Anbetracht des wenig offenkundigen Umfangs solcher Schäden als Folge der schweren Nachprüfbarkeit psychischer Momente ist mit einer derartigen Gefahr zu rechnen, was auch die mit dem Schmerzensgeld gemachten Erfahrungen erwiesen haben. Allein auch hier ist es Sache eines gewandten Richters, ungerechtfertigten Ansprüchen entgegenzutreten und ihnen die Anerkennung gegebenenfalls zu versagen, wie dies bei der Anwendung des § 847 BGB. bereits gehandhabt wird.

So kann man im Ergebnis Seng[169]) zustimmen, der als Regel Entschädigung auch wegen eines Nichtvermögensschadens fordert, diese Entschädigung aber nur wegen eines Schadens, der seiner Natur nach durch Gewährung eines Geldvorteils an den Geschädigten auch wirklich wiedergutzumachen ist, gewähren will, vorausgesetzt daß diesem Schaden eine gewisse Erheblichkeit eigen ist.

II. Mängel der heutigen Regelung.

Die praktische Unmöglichkeit eines Ersatzes immaterieller Schäden, wie sie sich in vielen Fällen nach geltendem Recht zwangsläufig ergibt, wird unbestreitbar als erheblicher Mißstand empfunden. Bei Vertragsverletzungen gibt es überhaupt keinen Anspruch auf Entschädigung für Nichtvermögensnachteile (nur die Vertragsstrafe vermag manchmal als Ersatzmittel zu wirken), sofern nicht gleichzeitig eine unerlaubte Handlung vor-

166) Vgl. RGZ. 155, 55; 156, 269.
167) Baumbach, § 322 Anm. k.
168) Vgl. Prot. S. 1247 = Mugdan II, S. 517.
169) Seng im Arch. bürg. R. Bd. 5 S. 336 ff.

liegt und einer der Tatbestände des § 847 verwirklicht ist. Dabei lassen sich aber sehr wohl Vertragsverletzungen denken, bei deren Vorliegen ein solcher Anspruch angebracht wäre. Durch das Korrektiv einer Berücksichtigung des Schuldgrades wäre die Gewähr geboten, daß eine weniger schuldhafte Handlungsweise keine allzu scharfe Haftung begründen würde. Die wirklich böswillige Nicht- oder Schlechterfüllung eines Vertrags kann fraglos ganz erhebliche immaterielle Nachteile hervorrufen, deswegen müßte auch hier ein Anspruch auf Entschädigung gegeben werden, dessen Entstehung heute noch § 253 BGB. verhindert. Zwar hat das Gesetz auch hier — sofern überhaupt ein Schadensersatzanspruch begründet ist — den Anspruch auf Herstellung nicht ausgeschlossen, aber dieser dürfte so gut wie nie in Frage kommen, denn schon bei Schadensersatzansprüchen wegen Vermögensschadens, der durch Nichterfüllung eines Vertrags entstanden ist, kann nach dem oben Ausgeführten[170]) der Schadensersatzanspruch logischerweise nicht auf Herstellung sich richten, und ebenso verhält es sich mit dem immateriellen Schaden. Die „Wiedergutmachung" ist darum illusorisch.

Für das Mißliche eines ungenügenden Ersatzes nichtvermögensrechtlicher Schäden bietet das tägliche Leben eine Fülle von Beispielen, ich möchte an dieser Stelle nur zwei herausgreifen, die mir unlängst bekannt geworden sind.

a) In das Krankenhaus einer Großstadt wurde eine durch Unfall verletzte Frau eingeliefert und der dort herrschenden Vorschrift gemäß durch Entnahme einer Blutprobe auf Vorhandensein venerischer Krankheiten untersucht, wie dies bei allen Neueingelieferten der Fall ist. Tags darauf erschien der Oberarzt und erklärte der Patientin in sehr barscher Weise, es sei bei ihr eine Geschlechtskrankheit festgestellt worden. Krankenschwestern und Mitpatienten behandelten daraufhin die Betreffende sowie ihren sie besuchenden Mann mit offensichtlicher Verachtung. Nach Ablauf einer Woche hatte sich dann herausgestellt, daß ein Versehen vorlag (Verwechslung der Glasröhrchen mit den Blutproben). Dies wurde der Patientin mit wenigen Worten, die nicht einmal eine Entschuldigung enthielten, zur Kenntnis gebracht, nach Auffassung des Arztes war ja nun die Angelegenheit erledigt. — Welche schwerwiegende Folgen ein solcher Vorfall nach sich ziehen kann, brauche ich nicht auszumalen. Dessen ungeachtet wird sich kaum ein Weg finden lassen — sei es bürgerlichrechtlich (§§ 823, 847 BGB.), sei es strafrechtlich (§§ 185, 188 StGB.) —, der im praktischen Ergebnis zu einer Genugtuung welcher Art auch immer führen könnte. Die seelischen Schäden werden also nicht wieder gutgemacht, obwohl in einem Falle wie dem vorliegenden eine Geldentschädigung mitunter gar nicht unangebracht sein dürfte.

170) Vgl. im 2. Teil der Arbeit unter IV, C.

b) Ein Zahnarzt versah den leicht schadhaften Vorderzahn eines Patienten unnötigerweise mit einer Goldkrone und brachte diese so ungeschickt an, daß sie die übrigen Vorderzähne um ein Erhebliches überragte, wodurch neben der äußerlichen Beeinträchtigung noch eine gewisse Behinderung beim Essen eintrat. Herstellung in Gestalt einer Entfernung oder Nacharbeitung der Krone war ausgeschlossen, die immateriellen Nachteile blieben also bestehen und wurden auch nicht anderweitig ausgeglichen. —

Erscheint nun wirklich in derartigen Fällen, bei denen es sich dem Grade nach um äußerlichere Empfindungen handelt als beim Schmerz über den Tod eines Angehörigen die Zubilligung einer Geldentschädigung als ungeeigneter Ausgleich für ideelle Schädigungen? Diese Frage glaube ich verneinen zu müssen. Wenn man als Voraussetzungen eine gewisse Erheblichkeit des Schadens sowie die Berücksichtigung des Grades des Verschuldens auf seiten des Schädigers annimmt, dürfte es weder als unbillig noch als Zeichen besonders materieller Einstellung erscheinen, wenn man in derartigen Fällen eine Entschädigung zulassen will.

III. Vorschläge

In der Rechtsprechung sind neuerdings Anzeichen für eine Berücksichtigung ideeller Momente nach der vermögensrechtlichen Richtung hin vorhanden. Das Reichsgericht hat in einem Falle, wo jemand einen gutgläubigen Dritten zum Ankauf einer unterschlagenen Sache bestimmt hatte, Betrug zum Nachteil des Erwerbers angenommen, obwohl dieser gemäß § 932 BGB. Eigentümer der Sache geworden war. Die Vermögensbeschädigung soll darin liegen, daß das Eigentum mit einem sittlichen Makel behaftet sei [171]). „Leistung ist keineswegs unbedingt gleich Leistung; vielmehr kann der wirtschaftliche Wertbegriff auch wesentlich ideell bedingt sein" [172]). — Diese Berücksichtigung ist jedoch als eine negative zu bezeichnen insofern, als der ideelle Schaden dem Betrogenen nicht ersetzt wird, sondern nur zu Ungunsten des Täters ins Gewicht fällt. Nichtsdestoweniger ist aber dieses Abgehen von den seitherigen Rechtsbegriffen beachtenswert, läßt es doch auch auf dem Gebiet der immateriellen Güter eine beginnende Neuorientierung erkennen. Damit sehen wir uns vor der Frage, wie sich die Regelung des Rechts der immateriellen Güter künftighin gestalten soll, wenn erst der „Abschied vom BGB." [173]) Wahrheit geworden ist.

Der vom BGB. eingeschlagene Mittelweg hat in der Praxis und nicht zuletzt durch sie zu annehmbaren Ergebnissen geführt, kann aber doch nur als Übergangslösung bis zur grundsätzlichen Anerkennung und Zulassung der Geldentschädigung für Verletzungen immaterieller Rechtsgüter gelten.

171) RG. in DJ. 1939 S. 398; vgl. dazu RG. in DR./JW. 1939 S. 1859 Nr. 15.
172) Linkhorst in JW. 1939 S. 156.
173) Schlegelberger, Vortrag in der Universität Heidelberg am 25. Januar 1937.

Die damals eingeführte Regelung hat ersichtlich gemacht, wie sehr eine solche Entschädigung den Bedürfnissen des Lebens entspricht; sie hat dies allerdings nur hinsichtlich weniger Fälle getan und dadurch verhindert, daß die Regelung weitergehenden Anforderungen gerecht werden konnte, weshalb auch u. U. ganz ähnlich gelagerte Tatbestände entgegen einer vernünftigen Auffassung eine verschiedene richterliche Würdigung erfahren müssen. Eine ausdehnende Auslegung des Gesetzes vermag aufgetretene Mängel allenfalls teilweise zu beseitigen, da ihr Grenzen gesetzt sind, denn eine „Auslegung", die letzten Endes eine Außerachtlassung der gesetzlichen Bestimmungen herbeiführt, kann nicht gutgeheißen werden. De lege lata hat man sich demnach mit dem bestehenden Zustand abzufinden.

Eine Übernahme der wenigen im BGB. enthaltenen Vorschriften, die den Ersatz des Nichtvermögensschadens betreffen, in ein neues Gesetzbuch des Privatrechts dürfte sich nicht empfehlen, weil diese Materie von Grund auf anders geregelt werden muß. Dabei an eine kasuistische Regelung zu denken, wäre abwegig, vielmehr wird man sich auf allgemeine Normen zu beschränken haben. „Das Recht soll die feste, klare und stetige Normierung mit der Anpassung an die Bedürfnisse des Volkes verneinen. Eine ideale Forderung, deren volle Verwirklichung nicht von dieser Welt ist; aber nach dem Grade der Verwirklichung wird man den Wert einer Rechtsordnung für das Volksleben zu messen haben" [174]). Eine solche Normierung kann jedoch beim Schadensersatz nicht ins einzelne gehen, was schon die bisherigen Rechte zur Genüge zeigen. „Als Besonderheit auf dem Gebiet des Inhalts und Umfangs des Schadensersatzes gegenüber anderen Rechtsgebieten kann allgemein der Mangel an gesetzlichen Vorschriften genannt werden, auch für die kodifizierten Rechtsordnungen. Bei vielen Fragen, etwa die allgemeine Abgrenzung des zu ersetzenden Schadens, verzichten auch die Gesetzbücher auf Anordnungen, überlassen ihre Lösung vielmehr der richterlichen Praxis und der Lehre. Das geschieht teilweise stillschweigend, häufig aber auch, wie z. B. in der Schweiz (Art. 43 OR.) ausdrücklich. Die Eigentümlichkeit des hier behandelten Gebietes liegt an der Schwierigkeit oder sogar Unmöglichkeit, allgemeine Normen, und sei es auch nur für beschränkte Rechtsinstitute, aufzustellen, die auch nur eine Richtung für die Entschädigung festlegen. Daher finden sich auch dort, wo derartige Normen aufgestellt sind, häufig Ermessensvorschriften, die dem Richter Ausnahmen gestatten! Das hier behandelte Rechtsgebiet wird also durch einen großen Einfluß der Billigkeit gekennzeichnet. Es ist wenig an starre Regeln gebunden" [175]).

Die Schadensersatzregelung des BGB. in den §§ 249 ff. kann, ausgenommen den Nichtvermögensschaden, als brauchbare Grundlage einer

174) de Boor in den Schriften der Akademie f. D. R., Gr. I Abt. 1 S. 36.
175) Schlegelberger, Rechtsvergl. Hdwb. S. 111.

Neuordnung dienen. Sie wird allerdings im Zusammenhang mit dem Umbau des Vertrags- und Deliktsrechts ebenfalls einer Umgestaltung unterzogen werden müssen. Wie dieser Umbau im einzelnen aussehen wird, läßt sich noch nicht absehen, weil das Neue bisher kaum Gestalt angenommen hat. Immerhin kann eine Ausführung Nipperdeys [176]) Anhaltspunkte vermitteln: „Zur Vertragsordnung tritt eine Haftungsordnung aus Unrecht. Man könnte sich diese auch als ein besonderes Buch neben der Vertragsordnung denken. Aber zu bedenken ist, daß doch jedenfalls wegen der Rechtsfolgen des Schadensersatzes Vertragsverletzung und Delikt besser in einem Buch vereinigt sind. Dabei wird an einer gründlichen Reform des Deliktsrechts, die insbesondere in einer Generalklausel einen einheitlichen allgemeinen Deliktsbestand schafft, und für den Schadensersatz eine elastische Billigkeitsklausel einführt, nicht vorübergegangen werden können."

Mit der Schaffung eines „einheitlichen allgemeinen Deliktsbestands" und einer elastischen Billigkeitsklausel ist indessen für den Ersatz des immateriellen Schadens noch nicht viel gewonnen. Hier wäre in die Ordnung des Schadensersatzrechts eine Generalklausel ungefähr folgenden Wortlauts einzufügen:

> Wer durch das gegen ihn gerichtete rechtswidrige und schuldhafte Handeln eines anderen Nachteile nicht wirtschaftlicher Art erleidet — gleichgültig, ob zusammen mit wirtschaftlichen Nachteilen oder unabhängig davon — kann von dem anderen die Beseitigung dieser Nachteile durch Wiederherstellung des früheren Zustandes oder, soweit dies unmöglich oder untunlich ist, eine den Umständen nach angemessene Geldentschädigung verlangen.
>
> Bei der Bemessung der Entschädigung ist insbesondere der Grad des Verschuldens des Täters zu berücksichtigen.

Damit wären einmal die Fälle der reinen Gefährdungshaftung ausgeschieden, außerdem aber die Fälle mittelbarer Schädigung. Letzteres deswegen, weil hier eine Abgrenzung des Kreises der Ersatzberechtigten nach rechtlichen Gesichtspunkten gar nicht möglich ist. Eine persönliche Einschränkung dagegen erscheint als willkürlich, so wie sie das französische Recht oder das Schweizerische OR. (Art. 47) kennt; daß bei Tötung die Angehörigen, auch wenn es nur die allernächsten sein mögen, eine Geldentschädigung wegen ideellen Schadens fordern dürfen, berührt uns immerhin eigenartig und dürfte unseren Anschauungen nicht gerecht werden. — Des weiteren würden mit dieser Bestimmung auch Nichtvermögensschäden, die durch Vertragsverletzung entstehen, getroffen werden. Über die Notwendigkeit einer Berücksichtigung des Verschuldens nach Art und Grad

176) Nipperdey, Das System des Bürgerlichen Rechts, Schr. der Akad. Gr. I Abt. 7 S. 95 ff.

wurde schon mehrfach gehandelt, sie ist bei ideeller Schädigung geradezu unerläßlich — ob auch bei Vermögensbeschädigung, interessiert an dieser Stelle nicht.

Der Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens ist wie im heutigen Recht so auch künftighin als grundsätzlich unübertragbar und unvererblich zu gestalten, weil er stets einen persönlichen Gehalt haben wird. Ob diese höchstpersönliche Natur des Anspruchs schon mit der Rechtshängigkeit bzw. mit der vertraglichen Anerkennung ihr Ende finden oder bis zur effektiven Zahlung der Ersatzsumme an den Verletzten weiterbestehen soll, ist eine Frage, die hier nur angedeutet werden kann. Die letztere Lösung, die auch bei der Buße des Strafrechts bevorzugt worden ist, wird dem Sinn und Zweck einer solchen Ersatzleistung vielleicht eher gerecht. Im übrigen darf auf die strafrechtliche Buße, wie bereits erwähnt, vollends verzichtet werden, was aber für die Buße der Urheberrechtsgesetze nicht ohne weiteres ebenfalls zu gelten hat. Mag sich auch hier die Neugestaltung bemerkbar machen, so wird sie wahrscheinlich an der Tatsache nichts ändern, daß auf diesem Rechtsgebiet Idealgut und Vermögensrecht zunächst einmal aufs engste verbunden auftreten, daß aber die Übertragung des Vermögensrechtes (z. B. eines Patentes) den Schutz des Idealguts beendet. Nur solange sich das Idealgut und das Vermögensrecht beim Urheber befinden, kann die Buße auch als Entschädigung für den immateriellen Schaden angesehen werden; da sie jedoch auch zugesprochen werden darf, wenn etwa ein Patentrecht nach § 9 PatG. auf einen anderen übergegangen ist, und dann von einer Entschädigung für ideellen Schaden nicht mehr die Rede sein kann, muß notwendigerweise ihr Wesen in Beziehung auf Abtretbarkeit u. dgl. ein anderes sein als bei den obengenannten höchstpersönlichen Ansprüchen. Die Eigenart der Urheberrechte bedingt eben diese Besonderheit des Instituts.

Als Schutzmittel gegenüber ideellen Beeinträchtigungen muß ferner eine Unterlassungsklage gegeben werden, und zwar nicht nur gewohnheitsrechtlich, sondern auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift. Diese Klage dient als Sicherung gegen widerrechtliche, aber nicht schuldhafte Eingriffe, so wie heute die vorbeugende Unterlassungsklage. Falls man sich entschließen würde, in Zukunft ein allgemeines Persönlichkeitsrecht anzuerkennen, könnte sich die Unterlassungsklage wegen ideeller Beeinträchtigungen an dieses anlehnen, wie das im Schweiz. ZivGB. Art. 28 der Fall ist.

Wie von jeher, so wird auch bei der Schaffung eines neuen Privatrechts die Forderung einer Entschädigung für den Nichtvermögensschaden Gegnerschaft finden. Daß sich indessen im Schadensersatzrecht allgemein eine Richtung durchsetzt, wie sie beispielsweise von Rothe[177]) vertreten wird, ist

177) „Schadensersatzanspruch und Gemeinschaftsgedanke", JW. 1937 S. 1449 f.

nicht anzunehmen. Seine Darlegungen beruhen m. E. auf einer unrichtigen Auslegung des Begriffs der Gemeinschaft. Wenn R. meint, der einzelne müsse aus dem Gemeinschaftsgedanken heraus dazu kommen, einen erlittenen Schaden auch einmal selbst zu tragen und nicht gleich daran zu denken, wie er diesen auf einen anderen abwälzen könne, so ist das keine neue Erkenntnis, die etwa im Gemeinschaftsgedanken wurzelt, sondern der Ausgangspunkt des ganzen Schadensersatzrechts ist ja die Tatsache, daß derjenige, der einen Schaden erleidet, diesen grundsätzlich selbst zu tragen hat und nur unter bestimmten Voraussetzungen von einem anderen ersetzt verlangen kann. Auch ist nicht so sehr die Tendenz, erlittene Schäden auf andere abzuwälzen, im Wachsen, als vielmehr die Zahl der Schadensquellen infolge der zunehmenden Technisierung des Lebens u. dgl. Der Gemeinschaftsgedanke hat nur die Auswirkung, daß der Schuldner nicht zum Ausbeutungsobjekt des Gläubigers werden darf, denn durch den Gemeinschaftszweck erhält das Schuldverhältnis seine Begrenzung.

Selbstverständlich bildet gerade beim Schadensersatz der Gemeinschaftsgedanke das Gegengewicht zum eigensüchtigen Streben des einzelnen, und das hat in erhöhtem Maße vom immateriellen Schaden zu gelten, allein diese Erwägung darf niemals dazu verleiten, den Weg zum Ausgleich der ideellen Nachteile von vornherein zu versperren, indem man eine entsprechend ungünstige Regelung trifft. Die generelle Zulassung einer Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden wäre schon um deswillen unbedenklich, weil, wie auch sonst das Widerspiel der Kräfte, so hier der Widerstreit der Meinungen eine natürliche Ausgeglichenheit herbeiführen und einer allzu weiten Ausdehnung der Ersatzpflicht vernünftige Grenzen setzen würde. Auf dem gesamten Gebiete des Schadensersatzes kommt dem richterlichen Ermessen eine ausschlaggebende Bedeutung zu, und aus diesem Grunde sollte man auch keine Bedenken tragen, bei Verletzung ideeller Rechtsgüter die Entscheidung hinsichtlich der Art und Weise des Ausgleichs in die Hand einer verantwortungsbewußten Richterpersönlichkeit zu legen.

Verzeichnis des benutzten Schrifttums

Baumbach, Zivilprozeßordnung (Kurzkommentar). 13. (14.) Aufl.
Baur, Fritz, Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts. Berlin 1935.
de Boor, Die Methode des englischen Rechts und die deutsche Rechtsreform, in: Schriften der Akademie für deutsches Recht, Gruppe I, Abt. 1.
Burlage, Die Entschädigung der unschuldig Verhafteten und der unschuldig Bestraften (Kommentar). 1905.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Reichsstrafgesetzbuch. 4. Aufl. 1929.
Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürg. Rechts II. 12. Bearbeitung. 1932.
Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I, 13. Bearbeitung, 1931.
Fischer, Hans Albrecht, Der Schaden nach dem BGB. Jena 1903.
Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1931.
Gleispach, Graf von, Die Entschädigung des Verletzten, in: Das kommende deutsche Strafverfahren, Bericht der amtl. Strafprozeßkommission, herausg. v. Gürtner. Berlin 1938.
Grützmann, Lehrbuch des Kgl. Sächs. Privatrechts, Bd. II. 1889.
Grub, Die Buße, in: Kartei des Arbeitsrecht, hrsg. von Kallee.
Heck, Philipp, Grundriß des Schuldrechts. 1929.
Hueck-Nipperdey-Dietz, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. 2. Aufl. 1937.
Ihering, Ein Rechtsgutachten betr. Gäubahn, in: Jher. Jahrb. Bd. 18 (1880) S. 59 ff.
John, Alfred, Das Schmerzensgeld — ein Schmerzenskind der Haftpflichtversicherung, in: Die öffentlich-rechtliche Versicherung (1932) Nr. 22 S. 261 ff.
Jonas, Martin, Die Zivilprozeßordnung. 16. Aufl. 1939.
Josef, Das Schmerzensgeld des Dienstverpflichteten, in: Recht 1913 S. 658 ff.
Klang, Kommentar zum ABGB., 1933—1935.
Kohler, Die Ideale im Recht, in: Arch. bürg. R. Bd. 5 S. 161 ff.
Derselbe, Das Obligationsinteresse, in: Arch. bürg. R. Bd. 12 S. 18 ff.
Kommentar von Reichsgerichtsräten (RGRK.). 9. Aufl. 1939.
Kunkel-Jörs, Römisches Privatrecht. 2. Aufl. 1935. Erschienen in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissensch., 2, 3.
Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des BGB. 4. Aufl. 1933.
Mansfeld, Die Buße, in: Deutsches Arbeitsrecht 1934 S. 273 ff.
Mansfeld-Pohl, Die Ordnung der nationalen Arbeit (Kommentar). 1934.
Mezger, Edmund, Strafrecht. 2. Aufl. 1933.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. 1899.
Nipperdey, Das System des Bürgerlichen Rechts, in: Schriften der Akademie für deutsches Recht, Gr. I Abt 7 S. 95 ff.
Oertmann, Kommentar zum BGB. 5. Aufl. 1928—1929.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Aufl. 1927.
Planck-Flad, Kommentar zum BGB., Schuldverhältnisse II. 4. Aufl. 1928.
Planck-Siber, Kommentar zum BGB., Schuldverhältnisse I. 4. Aufl. 1914.
Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Herausgegeben von Schlegelberger. Bd. 6. 1938.
Riecker, Die Entschädigung unschuldig Verhafteter und Bestrafter. Tübingen 1911.
Riezler, Erwin, Ersatz immateriellen Schadens auf Grund der §§ 823 Abs. 1, 826 BGB., in: Recht 1922 S. 166.
Rothe, Schadensersatzanspruch und Gemeinschaftsgedanke, in: JW. 1937 S. 1449 f.
Seng, Zur Frage der Vergütung nichtökonomischen Schadens aus Delikten, in: Arch. bürg. R. Bd. 5 S. 336 ff.
Spaeth, Josef, Der Schadensersatzanspruch wegen außerökonomischer Schädigung nach gemeinem und bürgerlichem Recht, insbes. im Vergleich mit der Buße des Strafprozeßrechts. München 1919.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 9. (10.) Aufl. 1928 (1937).
Walter, „Bestimmt die Vermögenslage des Schädigers die Höhe des Schmerzensgelds?" in: Das Recht des Kraftfahrers 1936 Heft 9 S. 238 f.; ferner in JW. 1936 S. 2773.
Wächter, Die Buße. 1874.
Wilburg, Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, in: Jher. Jahrb. Bd. 46 der 2. Folge (Bd. 82 der gesamten Folge) S. 51 ff.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II bearbeitet von Kipp. 9. Aufl. 1906.

Abkürzungen

Arch. bürg. R.	=	Archiv für bürgerliches Recht
DJ.	=	Deutsche Justiz
Jher. Jahrb.	=	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik (des heutigen römischen und deutschen Privatrechts) jetzt: des bürgerlichen Rechts
JW.	=	Juristische Wochenschrift (jetzt: Deutsches Recht vereinigt mit Juristische Wochenschrift)
Komm. Ber.	=	Kommissionsberatungen des Reichstags zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
LZ.	=	Leipziger Zeitschrift
Mot.	=	Motive zum Entwurf eines BGB.
Prot.	=	Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs zum BGB.
Recht	=	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand
RGZ.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGStr.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Seuff. Arch.	=	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
Warn.	=	Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts

Lebenslauf

Am 29. Oktober 1912 wurde ich in Stuttgart als Sohn des juristischen Beirats Dr. jur. Hans Klickermann und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Geigenmüller geboren.

Meine Jugendzeit verbrachte ich in Stuttgart, wo ich das Karlsgymnasium besuchte, an dem ich im Frühjahr 1931 die Reifeprüfung ablegte (Tag der mündlichen Prüfung: 27. 2. 1931). Anschließend studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Tübingen (2 Semester), Königsberg (1 Sem.), Leipzig (1 Sem.), München (1 Sem.), Tübingen (4 Sem., das letzte als Hörer). Am 25. Januar 1936 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Stuttgart und wurde unter dem 21. Februar 1936 — mit Wirkung vom 2. März 1936 — zum Gerichtsreferendar ernannt.

Die deutsche Staatsangehörigkeit habe ich durch die Geburt erlangt.

Hans Klickermann